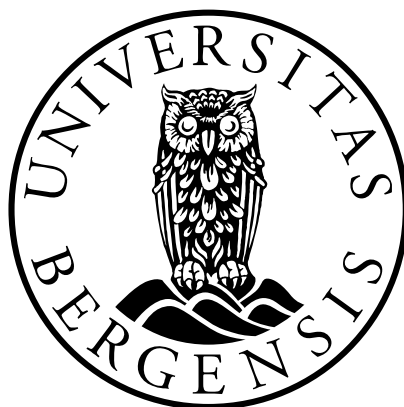


Sensur av avtalte begrensninger i profesjonsansvaret

Kandidatnummer: 69

Antall ord: 14 923



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av emnet	4
1.2 Begrepsavklaring og avgrensninger	5
1.3 Rettskildebilde og metode	7
1.4 Fremstillingen videre.....	9
2. Generelt om sensur av ansvarsbegrensninger	10
2.1 Utgangspunktet – avtalefrihet.....	10
2.2 Ulike typer ansvarsbegrensninger.....	11
2.3 Relevante hensyn ved sensur av ansvarsbegrensninger	12
2.4 Presentasjon av relevante rettsgrunnlag for vurderingen av en ansvarsbegrensnings rekkevidde	13
3. Kort om rettstilstanden før vedtagelsen av avtaleloven § 36	17
4. Betydningen av avtaleloven § 36 for sensur av ansvarsbegrensninger	19
4.1 Innledning.....	19
4.2 Bør avtaleloven § 36 i større grad utgjøre det <i>formelle grunnlaget</i> for sensur av ansvarsbegrensninger?	20
4.2.1 Innledning	20
4.2.2 Hvilken veiledning gir forarbeidene?	21
4.2.3 Hvilke føringer gir praksis?	22
4.2.4 Juridisk teori	24
4.2.5 Sammenfatning og konklusjon	25
4.3 Har avtaleloven § 36 medført en materiell endring i rettstilstanden?	26
4.4 Utgjør grov uaktksomhet en egen "ugyldighetskategori"?	28
4.4.1 Innledning	28
4.4.2 Hvilke føringer gir forarbeidene til avtaleloven § 36?.....	30
4.4.3 Hvilke føringer gir Rt-1994-626?	31
4.4.4 Hvilke føringer gir rettspraksis?	32
4.4.5 Juridisk litteratur	33
4.4.6 Sammenfatning og konklusjon	34
5. Nærmere om sensur av avtalte begrensninger i profesjonsansvaret etter avtaleloven § 36	37
5.1 Innledning.....	37
5.2 Skyldgraden	37
5.3 Overtredelsens art og grad	39
5.4 Graden av risikooverføring.....	43
5.5 Forholdene rundt vedtakelsen.....	46

6. Rettsvirkningene ved sensur av ansvarsbegrensninger.....	49
7. Avsluttende betraktninger	52
Kildeliste	54

1. Innledning

1.1 Presentasjon av emnet

Emnet for denne avhandlingen er sensur av avtalte begrensninger av profesjonsansvaret. Problemstillingen oppstår når en profesjonsutøver misligholder en kontraktsforpliktelse på en slik måte at han i henhold til bakgrunnsretten blir erstatningsansvarlig overfor kontraktsmotparten, men dette erstatningsansvaret er fraskrevet eller begrenset i kontrakten. Det må da vurderes om den kontraktsfastsatte begrensningen står seg, eller om den må endres eller settes til side.

Utgangspunktet i norsk rett er kontraktsfrihet. Mellom profesjonelle parter rekkes dette utgangspunktet særlig langt. Dette innebærer at partene som utgangspunkt kan avtale den ansvarsfordelingen de selv måtte ønske. Likevel kan en slik omfordeling av risiko lede til et urimelig resultat for den andre parten. Dermed oppstår det et behov for at rettsordenen setter en grense for hvilke ansvarsbegrensninger som kan aksepteres og ikke.

Ansvarsbegrensningsklausulen er et viktig redskap for parter i de fleste kommersielle avtaleforhold. Næringslivet blir stadig mer komplisert og de potensielle erstatningssummene kan bli store. En kontraktspart kan derfor ha et reelt og legitimt behov for å fordele risikoen på en annen måte enn det som følger av bakgrunnsretten. Ved å innta en ansvarsbegrensning i kontrakten kan partene finne en ansvarsfordeling som er bedre tilpasset det enkelte kontraktsforholdet.¹ En ansvarsbegrensning kan bidra til å sikre forutberegnelighet, men også en rimelig fordeling av ansvaret der erstatningssummene potensielt kan bli langt høyere enn oppdragssummen.

Den tradisjonelle oppfatningen i norsk rett har vært at man kan avtale seg bort fra ethvert ansvar, med unntak for egen forsettlig eller grov uaktsom atferd. Etter vedtakelsen av avtaleloven § 36² fremstår bestemmelsen som det mest nærliggende rettsgrunnlaget for vurderingen.

¹ I Rt-1994-626 ble hensynet til partens mulighet til å avtale en balansert ansvarsfordeling trukket frem. (s.630)

² Lov 31. juni 1918 nr.4 om avslutning av avtaler, om fulmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven), § 36 endret ved lov 4. mars 1983 nr.4.

Bestemmelsen gjelder generelt sensur av urimelige avtalevilkår og kan utvilsomt anvendes som rettsgrunnlag ved vurderingen av om en ansvarsbegrensning skal settes til side.

Vedtakelsen av bestemmelsen har reist en rekke spørsmål om hvordan ansvarsbegrensninger i dag skal håndteres, herunder hva som i dag er det relevante vurderingstemaet for sensur av ansvarsbegrensninger, hvilken betydning den tidligere "læren" om forsett og grov uaktsomhet har i dag, hvilke momenter som er relevant i sensurvurderingen og hvilken vekt disse momentene har. For næringsdrivende kontraktsparter står hensynet til forutberegnelighet svært sentralt. En klargjøring av disse spørsmål kan bidra til å ivareta dette hensynet.

1.2 Begrepsavklaring og avgrensninger

Det benyttes to begreper når begrensninger av ansvar omtales i norsk kontraktsrett – "ansvarsfraskrivelser" og "ansvarsbegrensninger". Det finnes ingen definisjon av disse begrepene i norsk rett og de benyttes ofte om hverandre, uten at det nødvendigvis har noen realitetsbetydning. Når jeg i denne avhandlingen bruker begrepene, sikter jeg til hel eller delvis fraskrivelse av det ansvaret som ellers ville fulgt av bakgrunnsretten.

En ansvarsbegrensning kan være mer eller mindre vidtrekkende, og ansvaret kan være begrenset på forskjellige måter. I enkelte tilfeller begrenser realdebitor innholdet i selve *ytelsen* i kontrakten, dette kan omtales som en ansvarsbegrensning. Begrepet "ansvarsbegrensning" brukes imidlertid hovedsakelig om avtalevilkår som går ut på å begrense avtalemotpartens adgang til å påberope seg *misligholdsbeføyelser*, enten ved at enkelte misligholdsbeføyelser ikke kan påberopes eller at de kun kan påberopes på skjerpede vilkår. I all hovedsak dreier det seg om å begrense eller utelukke retten til å kreve erstatning, og det er denne typen ansvarsbegrensninger denne avhandlingen skal ta for seg.

Avhandlingen er avgrenset til å behandle ansvarsbegrensninger i kontrakter mellom profesjonelle parter. I kontrakter mellom forbrukere eller mellom en forbruker og en næringsdrivende gjør særlige hensyn seg gjeldende, noe som ikke vil bli behandlet her.

I norsk rett har domstolene tradisjonelt sett vært tilbakeholdne med å åpent tilkjenne at et avtalevilkår sensureres fordi det er urimelig ("åpen sensur"). I stedet har domstolene tilsidesatt avtalevilkår enten ved å stille strenge krav til at vilkåret skal anses vedtatt, eller ved å bortfortolke vilkåret (innskrenkende tolkning). Disse teknikkene er vanlig å omtale som "skjult

sensur". Formålet med denne avhandlingen er å behandle temaet (åpen) *sensur* av profesjonsutøveres ansvarsbegrensninger, men det er nødvendig for sammenhengens skyld å også si noe om "skjult sensur".³ Som jeg vil komme til senere i avhandlingen, er det nemlig et spørsmål om tidligere rettspraksis vedrørende "skjult sensur" også er relevant ved en vurdering av åpen sensur i medhold av avtaleloven § 36.⁴

Spørsmålet om en ansvarsfraskrivelse må sensureres, beror på en konkret helhetsvurdering. Avhandlingen tar derfor ikke sikte på å avklare utfallet i alle de ulike typetilfeller eller situasjoner som kan forekomme. Siden mange av de rettskildene som står sentralt i denne avhandlingen dreier seg om begrensninger av profesjonsansvaret, har jeg valgt å fokusere på spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger i denne situasjonen og de særlige problemstillingene som oppstår i denne sammenheng.

For kontrakter inngått i næringsvirksomhet vil ansvarsvurderingen etter culpanormen ta utgangspunkt i en profesjonell vurdering⁵. Denne aktsomhetsvurderingen vil være streng.⁶ Disse ansvarsspørsmålene omtales som profesjonsansvaret, og gjelder ansvarsvurderingen for alle profesjonelle yrkesutøvere både i og utenfor kontrakt. Men uttrykket "profesjonsansvar" eller "det alminnelige profesjonsansvar" kan også ha et snevrere meningsinnhold. Uttrykket benyttes også som en samlebetegnelse for de bestemte typene ansvarsspørsmål som oppstår for utøvere av såkalte frie yrker, som for eksempel advokater, takstmenn, meglere og revisorer.⁷ Ansvarsvurderingen her vil ta utgangspunkt i kontraktsforpliktelsen, men forventningene til faglig forsvarlig adferd vil i stor grad baseres på bransjenormer som ligger utenfor kontrakten. Betegnelsen profesjonsansvar har ingen selvstendig rettslig betydning, men er en samlebegrep for de særlige problemstillingene som oppstår ved ansvarsvurderingen for disse yrkene.⁸ Det er spørsmålet om grensen for fraskrivelse av erstatningsansvar for disse yrkene jeg skal behandle i denne avhandlingen.

³ Se avhandlingens punkt 2.4.

⁴ Se særlig avhandlingens punkt 4.3.

⁵ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011) s. 468, med videre henvisning til Rt-1988-7.

⁶ Jf. for eksempel Rt-2000-679 (s. 688).

⁷ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave (Oslo 2011) s. 170.

⁸ *Ibid.* S. 170.

1.3 Rettskildebilde og metode

Det er to sentrale høyesterettsdommer i norsk rett som har dannet utgangspunktet for den tradisjonelle oppfatningen om sensur av ansvarsbegrensninger i teorien, Rt-1948-370 og Rt-1994-626. Sett bort fra disse finnes det lite høyesterettspraksis som direkte omhandler tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakt.

Det foreligger imidlertid voldgiftsavgjørelser fra nyere tid som omhandler spørsmålet. En norsk upublisert voldgiftsdom avsagt 18. desember 2013 (Unilabs-dommen) og en svensk upublisert voldgiftsdom avsagt 22. desember 2010 (KPMG-dommen) vil bli behandlet i avhandlingen. Til tross for at avgjørelsene har begrenset rettskildemessig betydning, er de likevel av stor interesse fordi de behandler spørsmålet om sensur av en profesjonsutøvers fraskrivelse av erstatningsansvar etter vedtakelsen av avtaleloven § 36, og kan dermed gi veiledning for hvordan disse tilfellene bør løses.⁹

Hvilken rettskildemessig betydning voldgiftspraksis har, er mye diskutert i norsk teori.¹⁰ At voldgiftsavgjørelser kan være en *relevant* rettskilde er imidlertid ikke tvilsomt. Høyesterett legger uttrykkelig vekt på voldgiftspraksis som en rettskilde.¹¹

Hvilken *vekt* dommen kan tillegges i den enkelte sak, er imidlertid mer omtvistet. Brækhus hevder at voldgiftsavgjørelser som er avsagt av juridisk kvalifiserte dommere, i alle fall må kunne tillegges like stor vekt som tingrettsdommer og dommer fra lagmannsretten, altså avhenger vekten av avgjørelsens overbevisningskraft.¹²

Hagstrøm legger det samme til grunn som et utgangspunkt på obligasjonsrettens område, men fremhever at:

⁹ I tillegg er det grunn til å nevne at rettens forman i de to nevnte avgjørelsene var henholdsvis professor Kåre Lilleholt (Unilabs-dommen) og Stefan Lindskog, tidligere høyesterettsjustitiarius i Högsta domstolen (KPMG-dommen). Sistnevnte avgjørelse ble senere opphevet på grunn av inhabilitet og avgjørelsen kan dermed ikke tillegges vekt, men de rettslige drøftelsene i dommen er likevel av interesse.

¹⁰ For en grundigere fremstilling se Sjur Brækhus, "Voldgiftspraksis som rettskilde", ...den urett som ikke rammer deg selv, Festskrift til Andres Bratholm, 1990 s. 447 flg.

¹¹ Høgetveit Berg, Voldgiftsloven med kommentarer, Oslo 2006 s. 32, med videre henvisninger.

¹² Brækhus (1990) s. 459.

*"En avgjørelse av en voldgiftsrett med faglig høyt kompetente dommere, truffet på grunnlag av en grundig prosedyre hvor motstående hensyn er kommet frem, må presumeres å ha betydelig interesse på et rettsområde med så få tungtveiende rettskilder for øvrig."*¹³

Høgtveit Berg er på linje med dette og fremholder at på de rettsområder *"der voldgiftspraksis nærmest er den eneste rettskilde, er det åpenbart at praksis får vesentlig betydning for fastleggelsen av rettstilstanden de lege lata"*.¹⁴

Det synes å være bred enighet i juridisk teori om at voldgiftsavgjørelser som illustrerer eller tar standpunkt til juridiske problemer av en viss allmenn interesse, og som er avsagt av kvalifiserte dommere, utgjør en relevant rettskilde. Særlig på de områder hvor det foreligger få rettskilder for øvrig, vil voldgiftsavgjørelser tillegges betydelig vekt. Grunnen til at det finnes såpass få høyesterettsavgjørelser fra nyere tid om spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger mellom profesjonelle parter, er trolig at de fleste av disse sakene løses gjennom voldgift.

Forarbeidene til avtaleloven § 36 behandler ikke temaet sensur av ansvarsbegrensninger.¹⁵ De svenske forarbeidene til tilsvarende bestemmelse behandler imidlertid temaet grundig.¹⁶ Etersom avtaleloven § 36 ble til gjennom nordisk lovsamarbeid, bør det legges *betydelig vekt* på hvordan tilsvarende bestemmelse er tolket i disse landene.¹⁷ Rettsenhet i de nordiske landene ble også fremhevet som et av formålene med å vedta bestemmelsen.¹⁸ Videre fremhever Hagstrøm flere omstendigheter som tilsier at de svenske forarbeidene bør tillegges særlig vekt ved tolkningen av avtaleloven § 36 i norsk rett.¹⁹ For det første har de nordiske landene tilnærmet samme rettstradisjoner, og de er økonomisk og sosialt like. Videre fremholder han at forarbeidene til den svenske generalklausulen i betydelig grad har tjent som forbilde for de norske forarbeidene. De svenske lovforarbeidene behandler sensur av ansvarsbegrensninger grundig og vil dermed være en viktig rettskilde i denne avhandlingen.

Som nevnt er det lite praksis fra norsk Høyesterett knyttet til spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger. Den 24. februar 2017 (T-3034-15) behandlet imidlertid svensk

¹³ Hagstrøm (2011) s. 56.

¹⁴ Høgtveit Berg (2006) s.32.

¹⁵ NOU 1979:32 og Ot.prp. nr.5 (1982-1983).

¹⁶ SOU 1974:83.

¹⁷ Jf. Blant annet Rt-1985-883 hvor motivene til tilsvarende svensk bestemmelse ble tillagt "betydelig vekt".

¹⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11 – 12.

¹⁹ Viggo, Hagstrøm "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1996 s. 421-518 (s. 461).

høyesterett spørsmålet og kom med generelle uttalelser om sensur av ansvarsbegrensninger som jeg vil se hen til i drøftelsen av rettstilstanden i Norge.

I norsk rett er det særlig Hagstrøm(1996) og Kaasen(2005)²⁰ som har foretatt en inngående drøftelse av temaet tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger. Det kan også vises til doktoravhandlingen til Torstein Lundmark om ansvarsbegrensningers gyldighet og rekkevidde fra 1996.²¹ Denne avhandlingen har også en viss interesse for norsk rett.

1.4 Fremstillingen videre

Fremstillingen starter med en presentasjon av de generelle utgangspunktene for ansvarsbegrensninger, herunder prinsippet om avtalefrihet og relevante hensyn for spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger (del 2). Deretter vil jeg kort presentere rettstilstanden før vedtakelsen av avtaleloven § 36 (del 3), før jeg drøfter hvorvidt vedtakelsen av bestemmelsen har medført noen endringer i rettstilstanden for sensur av ansvarsbegrensninger (del 4). Til slutt drøfter jeg spørsmålet om sensur av begrensninger av profesjonsansvaret i henhold til avtaleloven § 36 (del 5).

²⁰ Knut Kaasen, "Ansvarsbegrensninger i fabrikkkontrakter", *Juridisk festskrift anledning Hydros 100-årsjubileum*, 2005 s. 233-258

²¹ Torstein Lundmark, *Friskrivningsklausuler gilthet och räckvidd*, Uppsala 1996.

2. Generelt om sensur av ansvarsbegrensninger

2.1 Utgangspunktet – avtalefrihet

Norsk rett bygger på et utgangspunkt om kontraktsfrihet. Dette prinsippet er kommet til uttrykk i NL 5-1-2 som slår fast at "Alle Contracter (...) som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere."²²

Utgangspunktet er dermed at partene står fritt til å avtale begrensninger av erstatningskravet.²³ Dette utgangspunktet kommer til uttrykk i Rt-1994-626(Kaiinspektør-dommen):

"Jeg finner det klart at bestemmelsen etter sin ordlyd må få anvendelse i et slikt tilfelle, og jeg er således ikke enig med lagmannsretten i at dette måtte ha kommet tydeligere til uttrykk. Avgjørende blir dermed om det strider mot preseptoriske kontraktsregler – alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtaleloven § 36 – å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldende."

Av nyere praksis kan det vises til Rt-2004-1887 hvor Høyesterett forutsetter at det er adgang til å avtale begrensninger i erstatningsansvaret: *"I tillegg er det avgjort at det ikke foreligger noen avtalemessig begrensning av ansvaret."* (Avsnitt 28).

Prinsippet innebærer at partene skal oppfylle kontrakten slik den er inngått. Håndhevelse av dette utgangspunktet bidrar til at partene kan forutberegne sin rettsstilling, som er en forutsetning for at avtaler skal fungere som et effektivt instrument for å utveksle varer og tjenester.²⁴ Avhandlingen er avgrenset til å omhandle avtaleforhold mellom to profesjonelle parter, hvor hensynet til forutberegnelighet står særlig sterkt.²⁵

²² Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 (NL).

²³ Rt-1948-370 (Bærtur-dommen).

²⁴ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 8.

²⁵ Rt-2002-1155(s.1159): "At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer".

På den annen side kan en ubegrenset kontraktsfrihet lede til ubalanserte og støtende løsninger, og det er begrunnelsen for at i dag det eksisterer en rekke rettsgrunnlag som begrenser kontraktsfrihetens prinsipp.²⁶ Dette fremgår også forutsetningsvis av de ovenfor siterte Høyesterettsavgjørelsene.

2.2 Ulike typer ansvarsbegrensninger

Begrensninger i erstatningsansvaret kan utformes på ulike måter. For det første må ansvarsbegrensninger holdes adskilt fra begrensninger av oppdragets innhold. Det at realdebitor begrenser hva han forplikter seg til å levere i kontrakten, er noe annet enn en fraskrivelse av erstatningsansvar som oppstår ved mislighold av kontrakt, som er denne oppgavens tema.

Den mest omfattende formen for fraskrivelse av ansvar, er en fullstendig fraskrivelse av ansvar. En fullstendig ansvarsfraskrivelse vil være generelt utformet. Med det menes det en fraskrivelse av alle former for ansvar som kan oppstå i kontrakten. Videre vil en fullstendig fraskrivelse gjelde ethvert økonomisk erstatningsansvar som potensielt kan springe ut av kontrakten. En fullstendig ansvarsfraskrivelse vil avskjære enhver plikt til å betale erstatning for eget kontraktsbrudd. Mer vanlig er det å begrense størrelsen på tapet til en øvre beløpsgrense eller å fraskrive seg ansvaret for bestemte tapsposter. I praksis kan eksempler på dette finnes i Unilabs-dommen, hvor realdebitor hadde begrenset sitt ansvar til tilsvarende beløp som det samlede honoraret på oppdraget, og KPMG-dommen, hvor blant annet ansvaret for indirekte tap var fraskrevet.

En annen type ansvarsbegrensning er tidsmessige begrensninger av ansvaret. Det vil si at det avtales at debitor kun skal være ansvarlig for feil ved ytelsen som oppstår innen en bestemt tidsperiode etter overtakelse. For profesjonsutøvere er det nok mer aktuelt å knytte en tidsmessig begrensning av ansvaret til det tidspunktet feilen viser seg på.

En ansvarsbegrensning kan også gå ut på å begrense hvilke handlinger parten vil være ansvarlig for. For eksempel ved å definere i kontrakten at han kun vil være ansvarlig for grovt uaktsomme handlinger. Eventuelt kan det gå ut på å begrense personkretsen parten vil være ansvarlig for.

²⁶ Kaasen (2005) s. 245.

Et eksempel kan være å fraskrive seg ansvaret for kontraktsbrudd som skyldes feil hos ansatte lenger ned i organisasjonen.

2.3 Relevante hensyn ved sensur av ansvarsbegrensninger

Hovedregelen er som nevnt at avtaleparter har frihet til å fordele risikoen slik de måtte ønske seg imellom. Erstatningsreglene bygger imidlertid på en grundig rettspolitisk vurdering av partenes generelle motstridende interesser²⁷, og avtaler som begrenser dette ansvaret kan lede til en ubalanse i kontraktsforholdet som rettsordenen ønsker å motvirke.

Knut Kaasen uttrykker det slik:

*"Det vil kunne rokke ved den grunnleggende balanse i kontraktsforholdet og oppleves som støtende dersom ansvarsfraskrivelser og ansvarsbegrensninger skal kunne gjøres gjeldende i enhver ansvarssituasjon, uavhengig av den ansvarliges opptreden."*²⁸

I kontrakter mellom næringsdrivende, kreves det i utgangspunktet at partene selv er i stand til å sette seg inn i hva forpliktelsen innebærer. Det er likevel noen ansvarsfraskrivelser partene kan ha vanskelig for å beskytte seg mot. Enten fordi de er uvanlige og overraskende, utydelig uttrykt, går lengre etter sin ordlyd enn det partene fornuftigvis kan ha ment, eller fordi de gjør erstatningsansvaret totalt ineffektivt som oppfyllellespress.

Profesjonsutøvere påtar seg såkalte innsatsforpliktelser. Det innebærer at de ikke forplikter seg til å yte et bestemt resultat, men til å yte en god og fagkyndig forsvarlig innsats. Dersom realdebitor samtidig fraskriver seg ansvaret for det tilfellet at han ikke yter en slik innsats, kan dette uthule kontrakten på en måte som må anses å stride med partenes forutsetninger.

Hagstrøm uttrykker dette slik:

"Dette innebærer at realdebitor ikke påtar seg risikoen for et bestemt resultat, men kun har plikt til å gjøre en god og forsvarlig innsats for å nå resultatet. Det vil da være i strid med forutsetningene om realdebitor også kan fraskrive seg ansvaret for å yte en faglig forsvarlig

²⁷ Hagstrøm (2011) s. 642.

²⁸ Kaasen (2005) s. 245.

innsats. Dreier det seg om en ren risikofraskrivelse, er realiteten at kontrakten opphører å være en kontrakt for realdebitor."²⁹

Profesjonsutøveren kan vanskelig sies å ha en berettiget interesse i å beskytte seg mot tap som skyldes at han ikke har oppfylt den mest sentrale forpliktelsen i kontrakten, nemlig å yte en faglig forsvarlig innsats. En rettsstilstand som i vid utstrekning godtar slike ansvarsfraskrivelser, vil i liten grad ivareta hensynet til å sikre at profesjoner utøves på en forsvarlig måte. For innsatsforpliktelser, hvor kontraktsbruddet kun leder til et økonomisk tap, er ikke heving, retting eller omlevering aktuelt. Erstatning er således den eneste reelle misligholdsbeføyelsen kontraktsmotparten kan påberope. Ansvarsbegrensninger er derfor særlig inngripende i disse tilfellene.

2.4 Presentasjon av relevante rettsgrunnlag for vurderingen av en ansvarsbegrensnings rekkevidde

Spørsmålene om en kontrakt er bindende inngått, hvordan en kontrakt skal tolkes og hvorvidt den må lempes, er i utgangspunktet tre atskilte spørsmål. Domstolene har imidlertid anvendt disse regelsettene som alternative virkemidler for å ivareta behovet rettsordenen har for å unngå urimelige avtalevilkår.³⁰

Dette kommer også til uttrykk i forarbeidene til avtaleloven § 36:

"Imidlertid har domstolene i praksis kommet utenom anvendelsen av urimelige kontraktsvilkår gjennom den metode som gjerne kalles «covert techniques». Metoden består i at domstolene enten legger til grunn at det urimelige vilkåret ikke var vedtatt av medkontrahenten, eller fortolker vilkårene på en slik måte at de urimelige konsekvenser unngås."³¹

I teorien omtales sensur av avtalevilkår etter avtaleloven § 36 som "åpen sensur", og de tilfeller hvor domstolene anvender andre virkemidler for å unngå et uønsket avtalevilkår tales det om "skjult sensur". Ettersom både anvendelsesområdet og vurderingsmomentene til de ulike

²⁹ Hagstrøm (1996) s. 466

³⁰ Giertsen (2014) s. 221.

³¹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 5.

regelsettene i stor grad er overlappende, er det nødvendig å knytte noen bemerkninger også til disse reglene.

Det første spørsmålet man må ta stilling til i vurderingen av om en ansvarsbegrensning kommer til anvendelse, er om den er vedtatt av begge avtaleparter. En metode Høyesterett har anvendt for å komme utenom urimelige ansvarsbegrensninger, er å anvende en forhøyet terskel for å anse vilkåret vedtatt. Et eksempel på dette er Rt-2004-675 (Agurkpinne-dommen). Saken gjaldt en agurkprodusent som ble påført tap etter at agurkene under produksjon ble smittet med en plantesykdom av støttepinnene. Høyesteretts flertall kom til at pinnens smittebærende egenskaper var å anse som en mangel, og at de øvrige vilkårene for å tilkjenne erstatning var tilstede. Spørsmålet videre ble om ansvarsbegrensningen inntatt i de sluttседler som fulgte fraktbrevene kunne gjøres gjeldende. På dette spørsmålet konkluderte Høyesterett med at ansvarsbegrensningen ikke kunne anses vedtatt:

"Da denne ansvarsbegrensningsklausulen medfører en betydelig overføring av risiko fra selger til kjøper, og ikke har vært omtalt i forhandlingene mellom partene, finner jeg det klart at den ikke kan anses vedtatt av Aase Gartneri." (Avsnitt 73)

For de tilfeller en ansvarsbegrensning har blitt ansett vedtatt av partene, har domstolene i visse tilfeller tolket ansvarsbegrensningen restriktivt eller innskrenkende. Et eksempel på innskrenkende tolkning av en generell ansvarsbegrensning er Rt-1982-1357. Saken gjaldt kjøp av et nyoppført lagerbygg. Da bygningen brøt sammen på grunn av snøbelastningen på taket, krevde kjøper erstatning for tapet. Det forelå en generelt utformet ansvarsbegrensning i kontrakten. Til tross for at ansvarsbegrensningen fraskrev selger for ansvar helt generelt, ble den av Høyesterett tolket slik at den kun gjaldt mangler av mer tradisjonell karakter og ikke mangler ved lagerbygningens konstruksjon.

I noen tilfeller har Høyesterett tolket en ansvarsbegrensning slik at den ikke omfatter det aktuelle erstatningsbetingende forholdet fordi det må anses å stride med partenes forutsetninger for avtalen. Hagstrøm uttrykker det slik:

*"Når ordlyden er særlig klar, har domstolene i realiteten underkjent klausuler som ville innebære at betydelige kontraktsbrudd ikke får virkninger ved å anta, at forutsetningene for anvendelse av klausulene ikke var til stede, jf. eksempelvis Rt-1935-497 og Rt-1969-679."*³²

Rt-1969-679 (Elektrisitetsverk-dommen) gjaldt krav om erstatning etter at to kyr døde som følge av overledning til automatiske drikkekar i fjøset. Elektrisitetsverket som hadde utført installasjonen ble kjent ansvarlig fordi de hadde utvist uaktsomhet ved installasjonen.

Annenvoterende, som var i flertallet, uttalte: *"Etter min oppfatning er det nærliggende å se forholdet slik at elektrisitetsverket etter forholdet mellom partene ikke i denne sak kan gjøre ansvarsfraskrivelsen gjeldende."* Elektrisitetsverkets folk hadde blitt gjort oppmerksom på at det tidligere hadde forekommet overledning i fjøset og fått anmodning om at arbeidet skulle gjennomføres på en måte slik at dette ble unngått. *"Når da arbeidet ble utført av montøren uten isolasjon mot fjøset og etter uttrykkelig anvisning av verkets kontrollør, antar jeg at det foreligger et uaktsomt forhold, som verket har overtatt ansvaret for, og som ikke dekkes av ansvarsfraskrivelsen."* (s. 681)

Samme tilnærming ble lagt til grunn i voldgiftsavgjørelsen ND 1979 s.231 (Wingull). Saken gjaldt alvorlige mangler ved et nytt fremdriftsmaskineri levert til skipet M/S Wingull. Etter over ett og et halvt år med en rekke utbedringsforsøk hadde det ikke lyktes verkstedet å utbedre mangelen, og kjøper hevet derfor kontrakten og krevde erstatning. I kontrakten var imidlertid verkstedets ansvar begrenset til en utbedringsplikt, og adgangen for kjøper til å heve og kreve erstatning var følgelig uttrykkelig fraskrevet. Voldgiftsretten la likevel til grunn at det måtte være en *forutsetning* for ansvarsbegrensningen at verkstedet faktisk var i stand til å utbedre eventuelle mangler innen rimelig tid. Ettersom det ikke var tilfelle, måtte kjøper ha rett til å både heve kjøpet samt kreve erstatning i henhold til bakgrunnsrettens regler.

Det samme synspunktet kommer til uttrykk i en avgjørelse avsagt av Oslo tingrett 01.11.2012 (Pareto-dommen). I Pareto-dommen uttales det generelt at en ansvarsfraskrivelse ikke opprettholdes *"fullt ut der det er skjedd et betydningsfullt kontraktsbrudd."* Dette forankres rettslig i *"partenes forutsetninger for å inngå avtalen"*.

³² Hagstrøm (1996) s. 457

Dersom ansvarsbegrensningen må anses vedtatt og tolket slik at den dekker det foreliggende ansvarsforholdet, blir spørsmålet om den likevel kan endres eller settes til side. De mest sentrale rettsgrunnlagene for denne vurderingen er NL 5-1-2 og avtaleloven § 36.

3. Kort om rettstilstanden før vedtagelsen av avtaleloven § 36

Ærbarhetsstandarden i NL 5-1-2 har tradisjonelt vært den viktigste skranken for ansvarsbegrensninger. Med utgangspunkt i denne bestemmelsen utviklet det seg en oppfatning i norsk juridisk teori om at det er adgang til å fraskrive seg ethvert erstatningsansvar ved avtale, bare ikke ansvaret for egen forsettlig eller grovt uaktsom skadeforvoldelse.³³

Som forankring for denne oppfatning har det ofte vært vist til Rt-1948-370 (Bærtur-dommen).³⁴ Saken gjaldt en arrangert bærtur, hvor arrangøren på forhånd hadde fraskrevet seg ansvar for ulykker og skader som måtte inntreffe i forbindelse med turen. Det inntraff en ulykke som førte til at en av deltakerne avgikk med døden. Hovedproblemstillingen i saken var om ansvarsfraskrivelsen var gyldig. Retten kom til at fraskrivelsen måtte stå seg idet de så *"overhodet ingen betenkelighet ved å tillate fraskrivelse av erstatningsansvar som grunnes på Norsk Lov 3-21-2 eller på motorvognlovens § 30, første og annet ledd, de eneste grunnlag som er påberopt overfor Elektrisk Bureau."* (dommen side 372). Videre uttrykte de at det måtte være *"klart at man ikke kan oppstille forbud mot fraskrivelse uten uttrykkelig lovhjemmel"* (dommen side 373).

Uttalelsen gir uttrykk for en svært vid adgang til å fraskrive seg erstatningsansvar. Erstatningsgrunnlaget var lovfestet objektivt ansvar, og Høyesterett så likevel ingen betenkeligheter med å tillate fraskrivelsen.

Med henvisning til denne avgjørelsen ble det i juridisk teori hevdet at kontraktsfriheten kun begrenses av ærbarhetsregelen i NL 5-1-2, og at det med hjemmel i denne regelen kunne slås fast at det var fri adgang til å avtale begrensninger av erstatningsansvaret, med unntak for egne forsettlige og grovt uaktsomme kontraktsbrudd. Det ble også trukket en grense mellom ledelsen og underordnede, hvor standpunktet var at det etter norsk rett ikke var noe til hinder for å fraskrive ansvaret for underordnedes skadevoldende handlinger.³⁵

³³ Viggo Hagstrøm (1996) s.421.

³⁴ Viggo Hagstrøm (1996) s. 421.

³⁵ Hagstrøm (1996) s. 425-430.

I en artikkel om ansvarsbegrensninger publisert i 1996, viser Hagstrøm at holdningen i juridisk teori knyttet til hvor denne grensen trekkes etter norsk rett utviklet seg frem mot, og særlig etter, vedtakelsen av avtaleloven § 36.³⁶

³⁶ Hagstrøm (1996).

4. Betydningen av avtaleloven § 36 for sensur av ansvarsbegrensninger

4.1 Innledning

Avtaleloven § 36 ble vedtatt i 1983, og det synes i dag å være enighet om at direkte sensur av ansvarsfraskrivelser i dag beror på en konkret vurdering innenfor de rammer bestemmelsen oppstiller.³⁷ Som vist ovenfor, har imidlertid domstolene lenge drevet sensur med ansvarsbegrensninger, men da enten fordi ansvarsbegrensningen var i strid med ærbarhetsstandarden eller i form av såkalt «skjult sensur». Vedtakelsen av en generell lempningsregel i avtaleloven § 36 aktualiserte derfor spørsmålet om hvilken betydning bestemmelsen har for den rettslige håndteringen av ansvarsbegrensninger i norsk rett.

For det første aktualiserte vedtakelsen av avtaleloven § 36 spørsmålet om de tilfeller som tidligere ble håndterte av domstolene gjennom "skjult sensur" i dag kan, og i større grad bør, håndteres av avtaleloven § 36. Denne problemstillingen behandles nedenfor i punkt 4.2.

Videre må det tas stilling til om avtaleloven § 36 medførte en endring i den materielle rettstilstanden. Problemstillingen er om utfallet vil bli det samme dersom de tilfeller som før vedtakelsen av bestemmelsen ble håndtert av domstolene gjennom "skjult sensur", vurderes etter avtaleloven § 36. Denne problemstillingen behandles nedenfor under punkt 4.3.

Det andre spørsmålet vedtakelsen av avtaleloven § 36 aktualiserte er om læren om forsett og grov uaktsomhet utgjør et selvstendig grunnlag for sensur, eller om også disse tilfellene må vurderes konkret innenfor de rammer avtaleloven § 36 oppstiller. Dette spørsmålet blir behandlet under punkt 4.4.

Det nevnes at begge disse underproblemstillingene har visse likhetstrekk med spørsmålet om forholdet mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren.

Spørsmålet om betydningen av avtaleloven § 36 har ikke bare en teoretisk interesse, men er også interessant av praktiske hensyn. For det første er det viktig av hensyn til relevansen og

³⁷ Kaasen (2005) s.245, Hagstrøm (1996) s. 430.

vekten av tidligere rettspraksis og teori. For det andre er det viktig fordi anvendelse av avtaleloven § 36 vil gi rettsanvenderen større fleksibilitet, både i vurderingen om det er grunnlag for sensur, men også med hensyn til rettsfølgene av at ansvarsbegrensningen anses urimelig.

4.2 Bør avtaleloven § 36 i større grad utgjøre det *formelle grunnlaget* for sensur av ansvarsbegrensninger?

4.2.1 Innledning

Et grunnleggende spørsmål er om avtaleloven § 36 bør utgjøre det formelle rettsgrunnlaget for å vurdere rekkevidden av avtalevilkår, der man tidligere baserte seg på teknikker for skjult sensur. I de fleste tilfeller hvor domstolene har kommet til at en ansvarsbegrensning ikke kan ha virkning etter sitt innhold, har dette skjedd basert på skjult sensur. Enten ved at det ble stilt strenge krav til vedtakelse, eller ved at ansvarsbegrensningen ble tolket innskrenkende. I en del av disse tilfellene fremstår det som ganske klart at den reelle begrunnelsen for sensuren var at domstolene anså ansvarsbegrensningen for å være urimelig.³⁸

Rent prinsipielt understrekes at innholdet i en avtale må fastlegges før avtaleloven § 36 eventuelt kan få anvendelse. Dette skjer med utgangspunkt i alminnelige tolkningsprinsipper. Problemstillingen er derfor kun relevant for de tilfeller hvor den reelle begrunnelsen for at en ansvarsbegrensning tolkes innskrenkende synes å være at det vil føre til et urimelig resultat dersom ansvarsbegrensningen får virkning etter sin ordlyd.

³⁸ Rt-1975-478 (Spennbetongdommen) og Rt-1982-1357 (Nortex-dommen) er eksempler på avgjørelser hvor det kan diskuteres om Høyesteretts innskrenkende tolkning reelt bygger på et ønske om å unngå urimelige løsninger. De faktiske forholdene i sistnevnte avgjørelse var tilnærmet identisk med forholdene i en svensk avgjørelse gjengitt i NJA 1983 s. 865. I denne avgjørelsen bygde ikke retten sensuren på innskrenkende fortolkning, men satt ansvarsfraskrivelsen til side som urimelig, i medhold av avtalslagen § 36. Avgjørelsen gjaldt et nyrenovert og modernisert hus som ble solgt «as is». Da det senere viste seg å være grunnleggende og omfattende mangler med eiendommen konkluderte retten med at det var urimelig å gjøre klausulen gjeldende.

4.2.2 Hvilken veiledning gir forarbeidene?

I forarbeidene til avtaleloven § 36 ble det ikke ansett *"tilfredsstillende at domstolene må gjøre bruk av slike tolkningsteknikker for å komme utenom avtalevilkår de finner urimelige."*³⁹

Å gi domstolene mulighet til å åpent tilsidesette urimelige avtalevilkår ble videre fremhevet som et av formålene med å vedta bestemmelsen:

*"Ved å innføre en generell lempingsregel gis domstolene adgang til åpent å sette til side avtalevilkår som finnes urimelige, istedenfor som nå delvis å måtte basere seg på bruk av ulike tolkningsteknikker. Det må antas at en slik åpen sensur av avtalevilkår i noen grad vil kunne virke positivt utviklende på kontraktpraksis ved at dommene blir mer direkte vegledende for hva som godtas."*⁴⁰

En annen fordel med å anvende avtaleloven § 36 som det rettslige utgangspunktet for vurderingen av om en ansvarsbegrensning er urimelig, er at bestemmelsen gir domstolene større fleksibilitet. Dette ble i forarbeidene fremhevet som et sentralt hensyn som begrunnet vedtakelsen av avtaleloven § 36:

*"Videre vil man peke på at det kan være behov for å gjøre domstolenes reaksjonsmuligheter overfor urimelige avtaler og avtalevilkår mer fleksible enn de stort sett er etter gjeldende rett. De spesielle lempingsregler som finnes på forskjellige områder innen kontraktretten går vanligvis ut på at det avtalevilkår som finnes urimelig kan settes til side helt eller delvis. Derimot vil domstolene vanligvis være avskåret fra f.eks. å beholde det urimelige vilkår og heller endre avtalen på andre punkter, slik at avtalen sett under ett blir rimelig og rettferdig. En slik fleksibilitet i behandlingen av urimelige avtaler og avtalevilkår vil kunne oppnås ved at det innføres en generell lempingsregel som gir hjemmel for helt eller delvis å sette til side eller endre en urimelig avtale."*⁴¹

Muligheten for mer fleksible reaksjonsmuligheter taler etter min oppfatning for at sensur av ansvarsbegrensninger i større grad bør skje i innenfor de rammer avtaleloven § 36 oppstiller. Dersom en ansvarsbegrensning ikke får virkning etter sitt innhold basert på teknikker for skjult sensur, vil det normalt innebære at den avtaleparten som tok inn ansvarsbegrensningen i

³⁹ Ot.prp. nr.5 (1982–1983) s. 10–11.

⁴⁰ Ot.prp. nr.5 (1982-1983) s. 11

⁴¹ Ot.prp. nr.5 (1982-1983) s. 12.

kontrakten blir stående helt uten beskyttelse og risikerer dermed å lide et dramatisk tap. Ved motsatt konklusjon, blir resultatet at ansvarsbegrensningen blir stående i sin helhet, og skadelidte må bære tapet alene. I enkelte situasjoner kan en mellomløsning best ivareta hensyn som gjør seg gjeldende på begge parter side. Avtaleloven § 36 åpner for at begrensningen kan justeres, og kan dermed i enkelte tilfeller være et mer skånsomt og rimelig virkemiddel mot urimelige ansvarsbegrensninger.

Forarbeidene til bestemmelsen kommenterer ikke nærmere hvilken betydning dette vil ha for sensur av ansvarsbegrensninger. I forarbeidene til den tilsvarende svenske bestemmelsen fremheves det at avtaleloven § 36 i mange tilfeller kan være et bedre utgangspunkt for å vurdere gyldigheten av en ansvarsbegrensning enn tolkningslæren:

*«Utredningen anser också, på de skäl som har anförts tidigare (avsnitt 5.2.2), att en jämkning eller ett åsidosättande av en ansvarsfriskrivning som sker på särskilt angivna grunder i många fall är bättre än en borttolkning av klausulen».*⁴²

Samlet sett synes forarbeidene å uttrykke et ønske om at domstolene i større grad gjør bruk av avtaleloven § 36 som det formelle grunnlaget for sensuren fremfor anstrengte tolkningsteknikker (skjult sensur).

4.2.3 Hvilke føringer gir praksis?

I en norsk voldgiftsavgjørelse avsagt 18. desember 2013 (Unilabs-dommen) ble en ansvarsbegrensning delvis satt til side. Voldgiftsavgjørelsen er offentlig, og avsagt med dr. juris Kåre Lilleholt som rettsformann.

Saken gjaldt selskapet Unilabs, som høsten 2007 kjøpte opp aksjene i Telelab AS (Telelab) for 18 millioner kroner. I forbindelse med oppkjøpet hadde et revisjonsselskap fått i oppdrag å utføre en *due dilligence* av selskapet. I denne rapporten ble det opplyst at Telelab hadde mottatt merverdiavgiftskompensasjon som var vurdert. Videre fremgikk det av rapporten at revisjonsselskapet ikke hadde "avdekket forhold som tilsier at selskapet står overfor noen betydelig risiko for å bli ilagt vesentlige skatte- eller merverdiavgiftskrav som selskapet ikke har tatt hensyn til." Det viste seg imidlertid kort tid etter kjøpet at selskapet ikke hadde krav på

⁴² SOU 1974: 83 s. 116

merverdiavgiftskompensasjonen, og skattemyndighetene varslet krav om tilbakebetaling på 13 millioner kroner. Voldgiftsretten konkluderte med at rapporten var misvisende når det gjaldt merverdikompensasjonen, og at dette skyldtes uaktsomhet ved utarbeidelsen av rapporten.

Revisjonsselskapet hadde inntatt en generelt utformet ansvarsbegrensning i sine standardvilkår som fulgte med oppdraget. Ansvarsbegrensningen gikk blant annet ut på at ansvaret var avgrenset til det samlede honoraret for oppdraget.

Unilabs hadde anført at ansvarsbegrensningen ikke kunne gjøres gjeldende, for det første fordi den ikke kunne anses vedtatt; delvis på grunn av måten vilkåret var formidlet og delvis fordi ansvarsbegrensningen var uvanlig og urimelig. Videre var det anført at ansvarsbegrensningen måtte settes til side fordi manglene skyldtes grov uaktsomhet, og at den uansett måtte anses urimelig i henhold til avtaleloven § 36.

Voldgiftsretten presenterer innledningsvis de rettslige utgangspunktene for å vurdere om et vilkår anses vedtatt mellom to profesjonelle parter. De går imidlertid ikke nærmere inn i vurderingen, og fremhever at:

"Eit skarpt skilje mellom spørsmåla om vedtaking og innhaldsrevisjon kan ikkje alltid trekkjast."

Videre tar retten utgangspunkt i avtaleloven § 36 som det mest nærliggende rettsgrunnlaget for å vurdere en ansvarsbegrensning, og kommenterer at forholdene rundt avtaleinngåelsen kan trekkes inn i denne vurderingen.

Momenter som tidligere har vært vektlagt i spørsmålet om en ansvarsbegrensning kan anses vedtatt og hvorvidt den må tolkes innskrenkende, ble her trukket inn i en helhetlig rimelighetsvurdering. Det ble blant annet lagt vekt på at ansvarsbegrensningen ikke hadde vært tydelig fremme i forhandlingene, at ansvarsbegrensningen var svært vidtrekkende og at tapet skyldtes svikt i helt sentrale deler av oppdraget. En så stor avgrensning av ansvaret ble ansett å ligge utenfor det Unilabs kunne legge til grunn for oppdraget, og den ble dermed sensurert. Som støtte for denne konklusjonen henviste voldgiftsretten til Rt-2004-675 (Agurkpinnedommen) og en uttalelse i forarbeidene til avtaleloven § 36 om at en tidligere ville være tilbøyelig til å bortfortolke et vilkår som er av en slik art at det berøver kontrakten dens vesentlige innhold. I

Agurkpinnedommen ble en ansvarsfraskrivelse ikke ansett for å være vedtatt fordi den innebar en betydelig risikooverføring, og hadde ikke vært omtalt i forhandlingene mellom partene.

Jeg vil komme nærmere tilbake til vurderingen som ble foretatt i Unilabs-dommen nedenfor i punkt 5. Foreløpig nøyer jeg meg med å poengtere at voldgiftsretten anså avtaleloven § 36 som det foretrukne rettslige utgangspunktet for å vurdere gyldigheten av en ansvarsbegrensning, fremfor reglene om vedtakelse og tolkning.

4.2.4 Juridisk teori

Lilleholts syn på forholdet mellom tolkning og sensur av ansvarsbegrensninger synes å være at noen av de tilfellene som tidligere ble behandlet med utgangspunkt i reglene for vedtakelse og sensur, i dag vil skje etter avtaleloven § 36:

*"Med det klare grunnlaget som avtalelova § 36 gjev for tilsidesetjing eller endring av urimelige vilkår, er det mindre bruk enn tidligare for å stille strenge krav til vedtakinga eller for å tolke vilkåra innskrenkande."*⁴³

Hagstrøm understreker at avtaleloven § 36 verken opphever eller overflødiggjør tolkningslæren. Han er av den oppfatning at domstolene etter vedtakelsen av avtaleloven § 36 har større rom for å vektlegge rimelighet i tolkningen.⁴⁴ Likevel understreker han også at domstolene ikke lenger trenger eller bør anvende skjult sensur som grunnlag for å sette til side urimelige avtalevilkår:

"Men mens domstolene tidligere bekjempet urimelige vilkår ved skjult sensur, er det nå unødvendig å gjøre bruk av de tradisjonelle metodene i dette øyemed. Det er heller ikke ønskelig fordi slik skjult sensur ikke bringer klart frem domstolenes reelle grunner for avgjørelsen. Det kan selvfølgelig være en større belastning for domstolene åpent å vedgå at resultatet beror på skjønsmessige rimelighetsavveininger fremfor å ta tilflukt i tilsynelatende vurderingsfrie tekniske betraktninger. Faren er også at terskelen for rimelighetssensuren blir høyere enn ved bruk av de tradisjonelle metodene, fordi det kanskje skal mer til å erklære et vilkår for urimelig enn å legge det på strekk tolkningsmessig. Men av hensyn til rettsutviklingen og av lojalitet

⁴³ Lilleholt, Kontraktsrett og obligasjonsrett, Oslo 2017 s. 395.

⁴⁴ Viggo Hagstrøm, "Urimelige avtalevilkår", *Lov og rett*, 1994 s. 131-168 (s. 164).

overfor lovgiveren bør § 36 og ikke den skjulte sensur være botemidlet mot urimelige vilkår."

45

4.2.5 Sammenfatning og konklusjon

Uttalelser i både de norske og svenske forarbeidene trekker i retning av at avtaleloven § 36 i større grad *bør* utgjøre det formelle rettsgrunnlaget for sensur av ansvarsbegrensninger. Dette synes også å være holdningen i juridisk teori. I Unilabs-dommen synes voldgiftsretten å følge opp oppfordringen i forarbeidene ved å vurdere ansvarsbegrensningens rimelighet i henhold til avtaleloven § 36, fremfor å stille høye krav til vedtakelse, eller tolke den generelt utformede fraskrivelsen innskrenkende. Samlet sett gir disse kildene inntrykk av at avtaleloven § 36 i større grad vil utgjøre det mest relevante rettsgrunnlaget for sensur av ansvarsbegrensninger.

Gode grunner taler for at domstolene bør følge opp lovgivers intensjon om å anvende avtaleloven § 36 i større grad som rettsgrunnlag ved sensur av ansvarsbegrensninger. For det første vil domstolene da sannsynligvis i større grad tydeliggjøre hvor grensen for ansvarsfraskrivelse trekkes i domsgrunnene, og på den måten ivareta hensynet til forutberegnelighet. For det andre gis domstolene da anledning til å justere ansvarsfordelingen, og ikke bare til å sette ansvarsbegrensningen fullstendig til side. Som vist ovenfor, kan tungtveiende hensyn gjøre seg gjeldende på begge sider i en konflikt knyttet til gyldigheten av en ansvarsbegrensning. I visse situasjoner kan man ved å justere ansvarsbegrensningen bedre ivareta de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende. I så fall må praksis om tolkning av ansvarsbegrensninger være veiledende for hvor grensen skal trekkes.

Likevel er terskelen høy for å sensurere avtaler mellom profesjonelle parter i medhold av avtaleloven § 36.⁴⁵ Bestemmelsens hovedvirkeområde er i kontrakter mellom parter med ulik ressursstyrke⁴⁷, og Høyesterett har vært tilbakeholden med å anvende bestemmelsen på avtaler mellom profesjonelle parter. En større bruk av avtaleloven § 36 som det formelle grunnlaget for sensur kan derfor føre til en høyere terskel for sensur av ansvarsbegrensninger mellom profesjonelle parter. Det eksisterer åpenbart et behov for å sensurere ansvarsbegrensninger, også mellom profesjonelle parter, og en slik utvikling kan dermed være uheldig.

⁴⁵ Hagstrøm (1994) s. 164.

⁴⁶ Jf. Rt-2003-1132.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11.

Etter min vurdering behøver ikke dette nødvendigvis bli en konsekvens av at domstolene i større grad tar i bruk avtaleloven § 36. Når bestemmelsen gir domstolene muligheten til å *justere* den avtalte ansvarsfordelingen, åpner bestemmelsen for en løsning som gjør mindre inngrep i avtalen enn ved teknikker for skjult sensur, hvor resultatet er at ansvarsfraskrivelsen enten opprettholdes eller settes til side fullt ut. Når holdningen i juridisk teori og rettspraksis har vært at ansvarsbegrensninger kan tilsidesettes ved skjult sensur også mellom profesjonelle parter, bør domstolene derfor ikke være mer tilbakeholden med å anse slike ansvarsbegrensninger som urimelig etter avtaleloven § 36.

Vurderingen av om en profesjonsutøver har opptrådt uaktsomt må som nevnt ta utgangspunkt i forpliktelsene i kontrakten, mens bransjenormer og krav til faglig forsvarlig atferd hentes like mye utenfor kontrakten. Disse bransjenormene er også relevante for spørsmålet om ansvarsbegrensningen er urimelig. Ettersom det kontraktuelle er noe mer i bakgrunnen for profesjonsutøveres erstatningsansvar, bør ikke den restriktive linjen Høyesterett har lagt seg på ved anvendelsen av avtaleloven § 36 mellom profesjonelle, influere på anvendelsen av dette hjemmelsgrunnlaget ved sensur av ansvarsbegrensninger. Tvert imot kan en dreining bort fra skjult sensur og over til åpen sensur etter avtaleloven § 36 medføre at domstolene i større grad vil ta i bruk bestemmelsen mellom profesjonelle generelt.

4.3 Har avtaleloven § 36 medført en materiell endring i rettstilstanden?

Til tross for at det i forarbeidene fremmes et ønske om at domstolene i større grad tar i bruk avtaleloven § 36 som formelt grunnlag for sensur, er det ingenting som tilsier at de med dette ønsket å endre den materielle rettstilstanden generelt. Heller ikke spesielt for ansvarsfraskrivelser er det noen holdepunkter i forarbeidene for at lovgiver ønsket å endre grensene for avtalefriheten. Rettspraksis og teori fra før vedtakelsen av bestemmelsen må derfor være veiledende når grensen etter avtaleloven § 36 skal trekkes.

Som Hagstrøm fremholder, innebærer ikke bestemmelsen et brudd i norsk kontraktsrett. Domstolene har lenge vurdert gyldigheten av ansvarsbegrensninger ved teknikker for skjult sensur. Når innholdet i avtaleloven § 36 skal fastsettes, må det derfor søkes veiledning i praksis fra før vedtakelsen av bestemmelsen. De grenser for ansvarsfraskrivelser som er trukket opp i rettspraksis bygger på hensyn som åpenbart vil være relevant å ta i betraktning innenfor

rammene av avtaleloven § 36. I de tilfeller hvor Høyesterett har tolket ansvarsbegrensninger innskrenkende, har resultatet blitt at realdebitor har blitt stående fullstendig uten beskyttelse fra den avtalte begrensningen. Når domstolene i slike tilfeller har vært tilbøyelig til å tolke en ansvarsbegrensning innskrenkende, bør det være mindre kontroversielt å bruke avtaleloven § 36 fordi bestemmelsen gir mulighet til å finne graderte løsninger.

Likevel åpner avtaleloven § 36 for en langt bredere vurdering, og rettspraksis fra før vedtakelsen av bestemmelsen kan dermed ikke legges uprøvd til grunn som uttrykk for gjeldende rett etter vedtakelsen.

I en artikkel publisert i 1996 foretok Hagstrøm en grundig gjennomgang av høyesterettspraksis frem mot vedtakelsen av avtaleloven § 36. På bakgrunn av denne gjennomgangen trakk han to konklusjoner. For det første konkluderer han med at "*praksis har lagt til grunn at en alment avfattet fraskrivelse, selv om den er absolutt utformet, ikke kan anses å dekke grov uaktsomhet, og det uten hensyn til om den grove uaktsomhet må tilregnes selskapet p.g.a. svikt hos ledelsen eller vanlige ansattes forhold.*"⁴⁸

Gjennomgangen viser at Høyesterett i en del tilfeller, tolker ansvarsfraskrivelsen innskrenkende til å ikke dekke grovt uaktsomme forhold.⁴⁹ Jeg vil komme tilbake til spørsmålet om grov uaktsomhet kan anses som en egen ugyldighetsgrunn nedenfor i punkt 4.4. Her er poenget å understreke at graden av klanderverdighet åpenbart vil være et sentralt moment også i vurderingen etter avtaleloven § 36.

For det andre konkluderer Hagstrøm med at det er en tendens i domstolene til å ikke ville "tillegge en fraskrivelse rettsvirkning etter sitt umiddelbare innhold når det er *skjedd et betydningsfullt kontraktsbrudd som allikevel ikke får virkninger om fraskrivelsen fullt ut skal opprettholdes.*"⁵⁰ Som støtte for dette standpunktet viser han blant annet til Rt-1969-679 (Elektrisitetsverk-dommen). Her ble en ansvarsbegrensning tolket slik at den ikke omfattet det erstatningsbetingende forholdet fordi det måtte anses å stride mot forutsetningene for kontraktsforholdet.

⁴⁸ Hagstrøm (1996) s. 449

⁴⁹ Se Rt-1892-381, Rt-1926-712 og Rt-1978-1019.

⁵⁰ Hagstrøm (1996) s. 453

Også denne tendensen, som kan utledes fra rettspraksis, vil være veiledende når spørsmålet om hva som er en "urimelig" fraskrivelse av ansvar i henhold til avtaleloven § 36 skal fastsettes. Dette kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor i punkt 5.

Voldgiftsrettens rettskildebruk i Unilabs-dommen illustrerer dette poenget. Voldgiftsretten anså avtaleloven § 36 som det mest nærliggende rettsgrunnlaget for sensur av ansvarsbegrensninger. Dette til tross for at oppdragsgiver hadde anført at ansvarsbegrensningen ikke var vedtatt og at den måtte settes til side fordi feilen skyldtes grov uaktsomhet.

Voldgiftsretten anser det ikke som nødvendig å ta stilling til om advokatens opptreden kunne karakteriseres som grovt uaktsom. Likevel viser retten til den tradisjonelle oppfatningen om grov uaktsomhet:

"Det er resonnement som disse som ligg bak den skepsisen som ofte har vore uttrykt mot fråskrivning ansvar for grovt aktøløyse. Valdgiftsretten treng ikkje å ta stilling til om karakteristikken passar her." (dommen side 14)

Voldgiftsrettens rettskildebruk i Unilabs-dommen illustrerer for det første at rettspraksis fra før vedtakelsen av avtaleloven § 36 vil være veiledende når grensen for urimelige ansvarsbegrensninger skal trekkes i henhold til bestemmelsen. For det andre illustrerer den omfattende drøftelsen voldgiftsretten foretar at spørsmålet om sensur i henhold til avtaleloven § 36 beror på en konkret helhetsvurdering, hvor en rekke omstendigheter knyttet til avtaleforholdet kan trekkes inn. Denne vurderingen er antageligvis i mange tilfeller bredere enn den som domstolene foretar ved teknikker for "skjult kontroll", noe som potensielt kan få betydning for utfallet i den enkelte sak.

4.4 Utgjør grov uaktsomhet en egen "ugyldighetskategori"?

4.4.1 Innledning

Ved innføringen av en ny generell lempningsregel oppsto også spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger alltid bør skje innenfor rammen av avtaleloven § 36, eller om den gamle læren om forsett og grov uaktsomhet kan påberopes som selvstendig grunnlag for å tilsidesette en ansvarsbegrensning.

Det kan klart slås fast at ansvarsfraskrivelse for egen (eventuelt ledelsens) forsettlig skadeforvoldelse er i strid med "ærbarhet" i henhold til NL 5-1-2.⁵¹

Spørsmålet om et selskap kunne fraskrive seg ansvaret for underordnedes grovt uaktsomme forhold ble tatt stilling til av Høyesterett i Rt-1994-626. Til tross for at det var konstatert grov uaktsomhet, gikk retten videre i en vurdering av om ansvarsbegrensningen fremsto rimelig i det aktuelle tilfellet. Høyesterett anså det i alle fall ikke som en unntaksfri regel at ansvarsbegrensninger for grov uaktsomhet hos underordnede generelt er akseptabelt. Med forankring i denne avgjørelsen er det i dag bred enighet i juridisk teori om at gyldigheten av en ansvarsbegrensning ved underordnedes grove uaktsomhet beror på en helhetlig rimelighetsvurdering med utgangspunkt i avtaleloven § 36.⁵²

For de tilfeller ansvaret er fraskrevet for skader voldt ved eget uaktsomt forhold synes det også å være enighet i norsk juridisk teori. Gyldigheten av ansvarsbegrensningen må i slike tilfeller vurderes konkret i henhold til avtaleloven § 36.⁵³

Problemstillingen i det følgende er om det er anledning til å fraskrive seg ansvaret for egen grov uaktsom skadeforvoldelse i norsk rett. Hagstrøm deler denne problemstillingen inn i to spørsmål. Det ene er om rettsordenen aksepterer at en kontraktspart fraskriver seg ansvaret for grov uaktsomhet i kontrakten. Det andre er hvorvidt en generelt utformet ansvarsfraskrivelse får virkning etter sitt innhold når kontraktsbruddet skyldes grov uaktsomhet.⁵⁴

Etter min oppfatning er disse spørsmålene langt på vei sammenfallende. Dersom man kommer til at det etter norsk rett ikke er anledning til å fraskrive seg ansvar for grov uaktsomhet, kan heller ikke en generell fraskrivelse få virkning i de tilfeller skaden skyldes grov uaktsomhet. Rettsordenen bør ikke tillate at ansvar fraskrives i videre utstrekning utelukkende fordi fraskrivelsen er generelt utformet. For realkreditor vil det være lettere å sette seg inn i omfanget og rimeligheten av en eksplisitt fraskrivelse fra ansvaret for grov uaktsomhet enn en generell fraskrivelse for alt ansvar.

⁵¹ Olav Fr. Perland, *Tilretteleggeransvar, Verdipapirforetaks erstatningsansvar ved tilrettelegging av aksjeemisjoner* (2013) s.647 med videre henvisning til Hagstrøm (2011) s. 644 og Kaasen (2005) s. 249.

⁵² Hagstrøm (2011) s. 645.

⁵³ Hagstrøm (2011) s. 646

⁵⁴ Hagstrøm (1996) s. 452

Og motsatt, dersom man kommer til at det ikke er mulig å oppstille et generelt forbud mot å avtale seg bort fra ansvaret for egen grov uaktsomhet, bør det heller ikke oppstilles en regel om at en generelt avfattet fraskrivelse av ansvar aldri vil få virkning fullt ut etter sitt innhold dersom skaden er voldt ved grov uaktsomhet.

Problemstillingen har først og fremst relevans for hva som er vurderingstemaet ved sensur av ansvarsbegrensninger. Dersom grov uaktsomhet må anses som en egen "ugyldighetskategori", vil gyldigheten av en ansvarsbegrensning kun bero på en vurdering av hvordan skylden kan kategoriseres. Dette er en langt snevrere vurdering enn den som skal skje i henhold til avtaleloven § 36.

For det andre kan konklusjonen få betydning for hvilke virkemidler den urimelige ansvarsbegrensningen kan møtes med. Dersom det kan utledes en regel av NL 5-1-2 om at det aldri vil være anledning til å fraskrive seg ansvaret for grov uaktsomhet, vil resultatet være at ansvarsbegrensningen fullstendig settes til side. Er konklusjonen derimot at man må vurdere om ansvarsbegrensningen er rimelig i henhold til avtaleloven § 36 også for tilfeller hvor skaden skyldes grov uaktsomhet, har domstolene mer fleksible reaksjonsmuligheter ved at ansvarsbegrensningen kan justeres.

4.4.2 Hvilke føringer gir forarbeidene til avtaleloven § 36?

I forarbeidene til avtaleloven § 36 ble det understreket at bestemmelsen ikke skulle erstatte NL 5-1-2. Det ble presisert at dette omfattet både det utgangspunkt bestemmelsen gir om kontraktsfrihetens prinsipp, men også prinsippets begrensninger.⁵⁵

Det er dermed klart at dersom det kan forankres en regel i NL 5-1-2 om at det i norsk rett ikke er anledning til å fraskrive seg ansvaret for grov uaktsomhet, ble ikke denne regelen satt til side ved vedtakelsen av avtaleloven § 36. Spørsmålet i det følgende er dermed om det er grunnlag for å forankre en slik regel i NL 5-1-2.

Om innholdet i ærbarhetsregelen i NL 5-1-2 uttrykkes det i NOU 1979:32 side 7 at:

"Med hjemmel i denne bestemmelse har domstolene bl.a. nektet å godta ansvarsfraskrivelser som skulle dekke eget forsettlig kontraktsbrudd. (Derimot har domstolene godtatt

⁵⁵ NOU 1979:32 på side 55 og Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 40

ansvarsfraskrivelse for underordnes forsettlig feil, jfr. således Rt-1948-370). Mer tvilsomt er det om regelen også rammer ansvarsfraskrivelse for egen grov uaktsomhet, men det er i teorien antatt at det gjør det. Uttalelser i høyesterettsdom referert i Rt-1926-712 (se s 713) trekker også i denne retning"

I 1979 ble det altså ansett tvilsomt om fraskrivelser for grov uaktsom skadeforvoldelse rammes av ærbarhetsregelen i NL 5-1-2.

I forarbeidene til tilsvarende bestemmelse i svensk rett uttrykkes det et ønske om å gå bort fra grensedragningen ved grov uaktsomhet, men at spørsmålet heller må bero på en konkret helhetsvurdering innenfor de rammer avtaleloven § 36 oppstiller⁵⁶ :

«Det skulle emellertid enligt utredningens mening leda till en alltför stel bedömning att generellt dra gränsen vid grov försummelse e. d.»

Videre fremgår det at:

"Utredningen vill endast hävda att gränsen för jämkning inte kan dras vid någon särskilt form av ansvar utan måste bero av omständigheterna."

Synspunktet i de svenske forarbeidene er at vurderingen av en ansvarsbegrensnings gyldighet må baseres på en helhetlig rimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36, og at det ikke kan oppstilles en absolutt grense ved grov skyld.

4.4.3 Hvilke føringer gir Rt-1994-626?

Rt-1994-636(Kaiinspektør-dommen) er den eneste Høyesterettsavgjørelsen som tar stilling til spørsmålet om gyldigheten av en ansvarsfraskrivelse for grov uaktsom skadeforvoldelse etter vedtakelsen av avtaleloven § 36, og er dermed nærmest å gi veiledning for problemstillingen.

Spørsmålet for Høyesterett var om et spedisjonsselskap kunne påberope seg en ansvarsbegrensning i kontrakten når skaden var voldt ved grov uaktsomhet fra en av bedriftens ansatte.

⁵⁶ SOU 1974: 83 s. 178.

Det første spørsmålet retten tok stilling til var om kaiinspektøren måtte anses å inngå som en del av spedisjonsbedriftens ledelse, på dette spørsmålet konkluderte Høyesterett slik:

"Jeg er således kommet til at skaden ikke er voldt ved grov uaktsomhet fra ledelsen i Andersen & Mørck A/S, og det er ikke foranledning til å gå inn på hvilken betydning slik uaktsomhet ville ha hatt for ansvarsbegrensningen" (s. 630)

Hvilket rettslig utgangspunkt som ville vært lagt til grunn for vurderingen dersom kaiinspektøren måtte anses som en del av ledelsen holder Høyesterett åpent.

4.4.4 Hvilke føringer gir rettspraksis?

I en svensk voldgiftsavgjørelse avsagt 22. desember 2010 (KPMG-dommen) tok voldgiftsretten stilling til om en generell ansvarsfraskrivelse kunne gjøres gjeldende når et revisjonsselskap hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt ved utarbeidelsen av en due dilligence-rapport.⁵⁷ Det var anført at ansvarsbegrensningen måtte settes til side fordi uaktsomheten var grov. Om det rettslige utgangspunktet for spørsmålet om sensur uttalte voldgiftsretten følgende:

"Enligt skiljenämndens mening bör frågan i vad mån en ansvarsbegränsning kan sättas åt sidan bedömas med utgångspunkt i, inte främst hur klandervärd skadegöraren är utan ved som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig (eller, sett från andra hållet, orimlig) riskavvägning." (side 38)

Det samme utgangspunktet ble lagt til grunn i en svensk høyesterettsdom avsagt 25. februar 2017⁵⁸:

"Mot den angivna bakgrunden bör frågan om en ansvarsbegränsning kan godtas numera i princip bedömas enligt 36 § avtalslagen. Det utesluter inte att grövre oaktsamhet på löftesgivarens sida vid en jämningsprövning skulle kunna vara skäl nog för att helt sätta åt sidan en ansvarsbegränsning. Men på den andra sidan är det inte givet att vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter en påtaglig oaktsamhet ska leda till att ett sådant villkor jämkas ens i någon mån." (avsnitt 27)

⁵⁷ Omtalt nedenfor i punkt 5.3.

⁵⁸ Høgsta domstolens dom, 24. februar 2017. Mål nr. T 3034-15.

Saken gjaldt en forbrukerrettslig tvist, og særlige hensyn gjorde seg dermed gjeldende. Uttalelsen om vurderingstemaet for sensur er imidlertid generell, og det samme må gjelde i tvister mellom profesjonelle parter. Rettstilstanden i svensk rett er dermed klar; grov uaktsomhet hos ledelsen er ikke et selvstendig grunnlag for å sette en ansvarsbegrensning til siden.

Spørsmålet om sensur av en generelt utformet ansvarsbegrensning ble tatt stilling til i Unilabsdommen.⁵⁹ Voldgiftsretten viste til den tradisjonelle oppfatningen:

"Det har vore ei vanleg oppfatning at ein kontraktspart ikkje kan fråskrive seg ansvar for eiga grov aktløyse og kanskje heller ikkje for grov frå tilsette eller kontraktsmedhjelparar." (s. 12)

Voldgiftsretten uttalte imidlertid at:

"Uttrykket grov aktløyse synest ikkje skikka til å reint generelt å gje grunnlag for ei tilsidesetjing av ei ansvarsavgrensing."

Voldgiftsretten konkluderte dermed med at avtaleloven § 36 måtte utgjøre det rettslige utgangspunktet for sensur av ansvarsbegrensninger:

"Avtaleloven § 36 er i dag det mest nærliggjande lovgrunnlaget for ei vurdering av ansvarsavgrensingar." (s. 13)

I alle disse tre avgjørelsene ble det lagt til grunn at spørsmålet om uaktsomheten kunne karakteriseres som grov er et dårlig vurderingstema for spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger, og at avtaleloven § 36 angir et mer treffende vurderingstema.

4.4.5 Juridisk litteratur

Hagstrøm betrakter forbudet mot fraskrivelse av ansvaret for grov egenskyld som en særskilt ugyldighetskategori som lenge har vært forankret i NL 5-1-2 og fremholder at når bestemmelsen ikke ble opphevet ved vedtakelsen av avtaleloven § 36, "kan det heller ikke være

⁵⁹ Omtalt i punkt 4.2.3.

*aktuelt å uthule den, eksempelvis ved å anta at fraskrivelse av ansvaret for grov uaktsomhet fra toppledelsen, i visse tilfelle må være godtakbart."*⁶⁰

Kaasen tar motsatt standpunkt:

*"Siden kriteriet for eventuell tilsidesettelse av reglene om begrensning av misligholdsansvaret er hvorvidt reguleringen virker «urimelig», er det prinsipielt ikke mulig å trekke en generell og absolutt grense betinget av om den ansvarlige har voldt skaden ved egen grov uaktsomhet eller ved forsett. I stedet må skyldgrad, ansvarets karakter, organisatorisk plassering og forholdene ellers (sml. FAL § 4-9 annet ledd) inngå i en samlet vurdering av rimeligheten."*⁶¹

Lilleholt presenterer den tradisjonelle læren om grov uaktsomhet, og fremholder videre:

*"I dag er det neppe lenger grunnlag for ein slik regel; etter avtalelova § 36 bør vurderinga vera meir samansett. Ikkje all fråskrivning av ansvar for underordna kan godtakast, men ei godt grunngjeven fråskrivning for eiga grov aktløyse kan på den andre sida etter omstenda godtakast (forsett er neppe praktisk)".*⁶²

4.4.6 Sammenfatning og konklusjon

Sammenfatningsvis trekker de fleste kilder i retning av at grov uaktsomhet ikke er en egen ugyldighetsgrunn i norsk rett. Forarbeidene til avtaleloven § 36 avklarer ikke spørsmålet, og det gjør heller ikke høyesterettspraksis ved, Kaiinspektør-dommen. Den svenske rettstilstanden er at det må foretas en konkret helhetsvurdering i henhold til avtaleloven § 36, og at det dermed ikke er absolutt utelukket at en kan fraskrive seg ansvaret for egen grov uaktsomhet. I voldgiftsavgjørelsen Unilabs-dommen legges dette utgangspunktet til grunn, og voldgiftsretten anså det derfor ikke som nødvendig å vurdere om uaktsomheten kunne karakteriseres som grov.

I juridisk teori fra nyere tid fremholder Hagstrøm at grov uaktsomhet er en selvstendig grunn for tilsidesettelse.⁶³ Han underbygger dette standpunktet med å vise til at dette er en fast regel som kan utledes av NL 5-1-2, som ikke ble satt til side ved at avtaleloven § 36 ble vedtatt. Selv om det er klart at avtaleloven § 36 ikke medførte at NL 5-1-2 eller de regler som kan forankres

⁶⁰ Hagstrøm (1996) s. 464.

⁶¹ Kaasen (2005) s. 249.

⁶² Lilleholt (2017) s. 396.

⁶³ Hagstrøm (1996) s. 475.

i denne bestemmelsen ble satt til side, er det ikke like klart at det kan utledes en så klar og unntaksfri regel fra bestemmelsen. Holdningen i juridisk teori har sikkert vært at en slik ansvarsbegrensning som hovedregel ikke vil stå seg, men i dag betraktes dette av de fleste som et utgangspunkt og ikke som en fast regel. Skyldgraden er et forhold som åpenbart vil tillegges vekt etter vurderingen innenfor rammen av avtaleloven § 36, og det er dermed ikke like stort behov for å opprettholde denne grensen.

Et annet argument Hagstrøm anfører for at dette må anses som en unntaksfri og selvstendig ugyldighetskategori, er at det vil bidra til økt forutberegnelighet.⁶⁴ Avtaleloven § 36 gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering, og det finnes ennå ingen Høyesterettspraksis som avklarer hvordan denne grensen nærmere bestemt skal trekkes. På den annen side er grov uaktsomhet også et svært skjønnspreget tema, og det er usikkerhet knyttet til hva som utgjør grov uaktsomhet. Som fremholdt i de svenske kildene, norsk juridisk litteratur og Unilabsdommen er vurderingstemaet også dårligere egnet til å trekke grensen for hvilke ansvarsbegrensninger som må settes til side.

Etter dette synes det å ha gode grunner for seg å vurdere gyldigheten av en ansvarsbegrensning, også ved utvist grov uaktsomhet, innenfor de rammer avtaleloven § 36 oppstiller. For det første er vurderingstemaet og vurderingsmomentene i avtaleloven § 36 bedre egnet til å vurdere om en ansvarsbegrensning er urimelig. Videre gis domstolene anledning til å anvende mer skånsomme virkemidler mot urimelige avtalevilkår. På den måten kan en urimelig ansvarsfordeling endres uten at hensynet til den andre avtaleparten blir satt fullstendig til side.

Hvorvidt Høyesterett velger å oppstille grov uaktsomhet som en egen ugyldighetskategori eller foreta vurderingen innenfor de rammer avtaleloven § 36 oppstiller, vil likevel sannsynligvis ikke få stor praktisk betydning. For at opptreden skal karakteriseres som grov uaktsom "*må det dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet*".⁶⁵ Ettersom det må være klart at graden av klanderverdighet er relevant når en ansvarsbegrensning skal vurderes i henhold til avtaleloven § 36, vil den skepsisen som over lang tid har vært rettet mot ansvarsfraskrivelse

⁶⁴ Hagstrøm (1996) s. 475.

⁶⁵ Jf. Rt-1989-1318 (s. 1322).

for tilfeller hvor skaden skyldes egen grov uaktsomhet åpenbart være sentral når rimeligheten av en ansvarsbegrensning skal vurderes.

Likevel åpner bestemmelsen for en bredere vurdering hvor blant annet forhold rundt avtalesituasjonen, hvilke berettigede forventinger partene kan ha og hvor vidtrekkende fraskrivelsen er vil være relevant. Dette må antas å kunne få betydning for utfallet i et konkret tilfelle. Videre åpner bestemmelsen for delvis tilsidesettelse. I de tilfeller det kan oppnås et rimelig resultat ved å regulere ansvarsforholdet uten å sette ansvarsbegrensningen fullstendig til side har det stor betydning for den ansvarlige part at han kun må bære en del av tapet han har forsøkt å fraskrive seg, og ikke hele.

5. Nærmere om sensur av avtalte begrensninger i profesjonsansvaret etter avtaleloven § 36

5.1 Innledning

I denne delen vil jeg drøfte hvor grensen for ansvarsfraskrivelse av profesjonsansvaret trekkes. Som vist ovenfor beror spørsmålet i dag på om ansvarsfraskrivelsen etter en helhetlig vurdering er "urimelig" eller "i strid med god forretningsskikk" i henhold til avtaleloven § 36.

Bestemmelsens annet ledd angir hvilke vurderingsmomenter som er relevant for vurderingen, men henvisningen til "omstendighetene for øvrig" viser at det må vurderes konkret om også andre omstendigheter bør få betydning i den enkelte sak. Formålet her er ikke å gi en uttømmende fremstilling av mulige momenter i vurderingen. Jeg vil drøfte momenter som *kan eller bør* – avhengig av de faktiske omstendighetene - stå sentralt i vurderingen av om en profesjonsutøvers ansvarsfraskrivelse er "urimelig" eller "i strid med god forretningsskikk" i henhold til avtaleloven § 36.

Det avgjørende i henhold til bestemmelsen er om det vil være urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre avtalen "gjeldende". Det er altså den konkrete anvendelsen av avtalen som er relevant, jf. også formuleringen "senere inntrådte forhold".

Terskelen for lemping er høy, og mellom profesjonelle parter kreves det at avtalen er "kvalifisert urimelig".⁶⁶

5.2 Skyldgraden

Som drøftelsen i punkt 4.4 viser er det ikke grunnlag for å oppstille grov uaktsomhet som en egen ugyldighetskategori i norsk rett. Likevel er det grunn til å tro at den skeptiske holdningen, i rettspraksis og juridisk teori mot å godta at en avtalepart fraskriver seg ansvaret for egne grovt

⁶⁶ Rt-2003-1132 avsnitt 46.

uaktsomme handlinger vil være veiledende når grensen for det urimelige skal trekkes i henhold til avtaleloven § 36.

Siden profesjonsutøvere påtar seg innsatsforpliktelser, er det grunn til å tro at kontraktsbruddet vil stå særlig sentralt i vurderingen av om ansvarsfraskrivelsen er urimelig. I de svenske forarbeidene fremheves det at generalklausulens effektivitet krever at domstolene har betydelig frihet til å tilsidesette ansvarsbegrensninger, ikke bare ved utvist grov uaktsomhet. Profesjonsansvaret nevnes som eksempel på et tilfelle hvor grov uaktsomhet ikke behøver å være en forutsetning for at ansvarsfraskrivelsen skal settes til side:

"Företag och högt kvalificerade yrkesmän som åtar sig viktiga tjänster gentemot allmänheten mot ett vederlag som svarar mot prestationens betydenhet, så som banker, försäkringsbolag, advokater och revisorer, bör under normala förhållanden inte kunna frita sig från skadeståndsskyldighet vid något slag försummelse fullgörande av sina åtaganden. Så torde f.n. heller inte ske. Här liksom annars måste dock en prövning ske efter omständigheterna, t.ex. med beaktande av om det har skett en individuell uppgörelse eller om åtagandet skall fullgöras under exceptionella förhållanden." ⁶⁷

Samlet sett synes uttalelsen å gi uttrykk for at profesjonsutøvere som utgangspunkt har en snever adgang til å fraskrive seg ansvar. Uttalelsen retter seg mot profesjonsutøveres ansvarsfraskrivelser generelt. Etersom terskelen for sensur mellom profesjonelle parter er høy er det mulig uttalelsen må nyanseres i slike avtaleforhold.

Etersom skyldgraden kun er et moment i en større vurderingen innenfor avtaleloven § 36, er det heller ikke nødvendig å ta stilling til om uaktsomheten kan karakteriseres som grov. Hva som betraktes som grovt uaktsomt må bedømmes konkret, og kan variere fra situasjon til situasjon. De samme momentene kan trekkes inn i en større rimelighetsvurdering i henhold til avtaleloven § 36.

KPMG- og Unilabs-dommen illustrerer dette. I begge avgjørelsene ble det ansett som unødvendig å ta stilling om realdebitors opptreden kunne karakteriseres som grovt uaktsom.⁶⁸

⁶⁷ SOU 1974:83 s. 178.

⁶⁸ Unilabs-dommen s. 14 og KPMG-dommen s. 38.

Alvorligheten av kontraktsbruddet sto imidlertid sentralt i begge avgjørelser, hvor overtredelsens art og alvorlighetsgrad ble vurdert samlet.

5.3 Overtredelsens art og grad

Et hensyn som er fremhevet i debatten om grensene for ansvarsfraskrivelse, er som nevnt at det bak enhver kontraktsforpliktelse bør ligge et visst *minimumsansvar*. Dette er blant annet begrunnelsen for at ansvaret for forsettlig skadeforvoldelse generelt ikke kan fraskrives, og for at ansvarsbegrensninger ofte har blitt tolket innskrenkende i tilfeller hvor en full anvendelse vil føre til at et *betydningsfullt kontraktsbrudd* ikke sanksjoneres.

Lilleholt legger til grunn at dersom en ansvarsfraskrivelse gjør en av *de hovedsakelige pliktene i kontrakten* illusorisk bør dette kunne gi grunnlag for at ansvarsbegrensningen settes til side eller endres i henhold til avtaleloven § 36.⁶⁹

Hagstrøm synes å legge til grunn at ettersom en profesjonsutøver forplikter seg til å yte en faglig forsvarlig innsats vil dette innebære at en generelt utformet ansvarsfraskrivelse ikke kan opprettholdes⁷⁰:

"Det vil da være i strid med forutsetningene om realdebitor også kan fraskrive seg ansvaret for å yte en faglig forsvarlig innsats. Dreier det seg om en ren risikofraskrivelse, er realiteten at kontrakten opphører å være en kontrakt for realdebitor."

Han presiserer at en profesjonsutøver må ha anledning til å ta spesifiserte forbehold mot feil og utelatelser, men at en generell ansvarsfraskrivelse ikke kan opprettholdes:

"Men innenfor de rammer oppdraget setter, er det vanskelig å se at det skal være akseptabelt at den profesjonelle yrkesutøver skal kunne fraskrive seg ansvaret for at hans innsats ikke har holdt en alminnelig faglig standard."

Det bør, som Hagstrøm fremholder, skilles mellom generelt utformede ansvarsfraskrivelser og ansvarsfraskrivelser knyttet til konkrete forhold som påpekes særskilt.⁷¹ Profesjonsutøvere bør imidlertid, i en viss utstrekning, kunne fraskrive seg ansvar ved en generelt utformet

⁶⁹ Lilleholt (2017) s. 395-396.

⁷⁰ Hagstrøm (1996) s. 466.

⁷¹ Se også Perland (2013) s. 650 med videre henvisninger.

ansvarsfraskrivelse. For det første burde det skilles mellom en generelt utformet *fullstendig* begrensning av ansvaret og en generelt utformet ansvarsbegrensning som kun *begrenser størrelsen* på erstatningsansvaret. Sistnevnte type ansvarsbegrensning bør etter omstendighetene kunne godtas.

Når det gjelder en generelt utformet og fullstendig begrensning av profesjonsansvaret, burde den som hovedregel ikke opprettholdes. Dette må være særlig klart når tapet skyldes feil i sentrale deler av oppdraget.⁷² Dersom det skulle godtas at profesjonsutøveren fraskriver seg ansvaret for denne typen feil, vil realkreditor reelt sett ikke ha noen rettslig beskyttelse i kontrakten. Det kan imidlertid tenkes at også en generelt utformet ansvarsfraskrivelse kan få virkning ved feil som profesjonsutøveren vanskelig kan hindre fullt ut. I KPMG-dommen skilles det mellom feil i sentrale og mer perifere deler av oppdraget.

Saken gjaldt selskapet ProfilGruppen som kjøpte opp selskapet PWG KG for ca 13,7 millioner svenske kroner. Før oppkjøpet hadde KPMG tatt på seg oppdraget å gjennomføre en due dilligence av selskapet. I due dilligence-rapporten ble oppdragsgiver ikke gjort oppmerksom på at selskapet som skulle kjøpes opp hadde stilt garanti for et utenlandsk datterselskap. Etter oppkjøpet ledet denne garantien til at selskapet mistet hele sin verdi. ProfilGruppen krevde dermed erstatning fra KPMG på grunn av forsømmelse ved oppdragets utførelse.

I oppdragsavtalen hadde KPMG inntatt en generelt utformet ansvarsbegrensning, hvor det potensielle ansvaret var begrenset oppad til det dobbelte av honoraret for kontrakten. Voldgiftsretten konkluderte med at ansvarsbegrensningen ikke kunne opprettholdes fullt ut.

Voldgiftsretten uttalte følgende:

"När det gäller en begränsning av en professionsaktörs ansvar bör en aspekt av betydelse vara aktörens befogade interesse av att skydda sig mot följderna av sådana förbiseende och misstag som är naturlig och oundvikligt förbundna med verksamheten, även om de i och för sig skulle vara att klassificera som vårdlösa." (dommen side 39)

Voldgiftsretten oppstiller et skille mellom feil i oppdragets kjerne og feil av mer perifer natur:

⁷² Perland (2013) s. 666.

"Således måste det antas vara av relevans om en skada beror på att uppdragsgivaren inte fullgjort ett centralt åtagande (underlåten må vara oavsiktlig sålunda att den beror på förbiseende) eller om det rör sig om en på allmänna lojalitetsgrundsatser vilande förpliktelse av mer perifer natur." (her er det antageligvis en skrivefeil hvor det skal stå oppdragstakeren).

I den aktuelle saken var KPMGs erstatningsansvar utløst av at de i due dilligence-rapporten ikke hadde redegjort for og utelatt visse forhold som medførte at realkreditor ble risikoeksponert. Denne risikovurderingen var i oppdragets kjerneområde, og feilen talte derfor for at ansvarsfraskrivelsen var urimelig:

"Något mer befogat behov av att ansvarsbegränsa sig från den typen av underlåtelser kan en uppdragsgivare inte anses ha." (dommen side 40)

Skillet mellom feil i sentrale og mer perifere deler av oppdraget synes å være på linje med holdningen i norsk høyesterettspraksis som fastslår at ansvarsfraskrivelser ikke vil få virkning fullt ut ved betydelige kontraktsbrudd⁷³ og at det i enhver kontrakt bør ligge et visst minimumsansvar.

Det samme skillet ble lagt til grunn i Unilabs-dommen.⁷⁴ I vurderingen, av om den generelt utformede ansvarsbegrensningen var urimelig i det aktuelle tilfellet, fremhever voldgiftsretten blant annet at *"karakteren av den handlinga eller hendinga som utløyser ansvar"* er et relevant moment i vurderingen av om ansvarsbegrensningen er "urimelig" i henhold til avtaleloven § 36 (dommen side 13).

Advokaten som utarbeidet rapporten på vegne av revisjonsselskapet hadde latt være å nevne tvilen som knyttet seg til en skattekompensasjonsordning, og til og med tatt med en opplysning om at retten til kompensasjon var vurdert og godkjent av fylkesskattekontoret. Dette ble av voldgiftsretten betraktet som *"(...) ein svikt i utføringa av den heilt sentrale oppgåva i denne delen av oppdraget (...)"* (dommen side 14).

På samme måte som i KPMG-dommen ble det også i Unilabs-dommen oppstilt et skille mellom feil i den sentrale oppgaven i kontrakten, og feil som vanskelig kan hindres fullt ut:

⁷³ Hagstrøm (1996) s.453 – 459.

⁷⁴ Omtalt i punkt 4.2.3.

"Svikten i dette tilfellet ligg i sjølve måten [selskapets] medarbeider valde å utføre oppdraget på; det er ikkje tale om feil av den typen som vanskeleg kan hindras fullt ut, som utegløynd informasjon, feilestimat, misoppfatning av mottekne opplysningar eller liknande." (side 14)

Ettersom profesjonsutøvere får betalt for å gjennomføre et oppdrag på en god og forsvarlig måte basert på sine fagkunnskaper, kan de ikke sies å ha en berettiget interesse i å fraskrive seg ansvaret for at det faglige arbeidet er valgt utført på en måte som ikke når opp til denne standarden. En profesjonsutøver kan imidlertid også risikere å overse ting, misforstå noe, gjøre tastefeil eller lignende forseelser. Med et strengt profesjonsansvar kan han risikere å bli erstatningsansvarlig også for denne typen feil. Sett hen til omstendighetene for øvrig, bør en generelt utformet ansvarsfraskrivelse kunne få virkning i slike tilfeller.

At feilen gjaldt selve utførelsen av en sentral del av oppdraget, ble tillagt avgjørende vekt i den konkrete helhetsvurderingen:

"Ei avgrensning av ansvaret til samla vederlag er omtrent det næraste ein kan koma ei full ansvarsfraskrivning. Skulle ei slik avgrensning utan vidare kunne gjerast gjeldande ved svikt i utføringa av den heilt sentrale oppgåva under kontrakten på dette punkt, ville det være ei avskjæring av den einaste praktiske mislighaldsverknaden, og ein kunne spørje kor mykje som reelt stod att av plikta til å oppfylle avtalen". (side 14)

Samlet sett gir voldgiftsrettens vurdering uttrykk for at en nærmest fullstendig ansvarsfraskrivelse vil være urimelig i henhold til avtaleloven § 36 når feilen som er begått er en sentral del av den oppgaven en profesjonsutøver har påtatt seg å utføre.

Videre gir voldgiftsretten uttrykk for at en profesjonsutøver, selv for feil i utførelsen av sentrale deler av oppdraget, kan ha en berettiget interesse i å begrense *størrelsen* på tapet. Dersom ansvarsbegrensningen er satt til et rimelig beløp kan det altså ikke utelukkes at den kan opprettholdes, til tross for at det er gjort feil i sentrale deler av oppdraget.⁷⁵ Voldgiftsretten konkluderte med at det ikke var grunnlag for å sette ansvarsbegrensningen fullstendig til side i dette tilfellet. Konsekvensen av at ansvarsbegrensningen var urimelig ble at realdebitor ble dømt til å betale 10 millioner kroner av et tap på omtrent 20 millioner kroner.

⁷⁵ Nærmere behandlet i punkt 5.4.

Spørsmålet om sensur av en begrensning av en profesjonsutøvers erstatningsansvar ble også tatt stilling til i en svenske høyesterettsavgjørelse avsagt 24 februar 2017.⁷⁶

Saken gjaldt kjøp av et bolighus, som senere viste seg å ha store feil og mangler. Kjøperne rettet et erstatningskrav mot I Besiktning AB (IBAB), som på oppdrag hadde foretatt en inspeksjon av huset før det ble solgt. Med oppdragsbekreftelsen fulgte det standardvilkår hvor IBAB hadde begrenset ansvaret til 15 ganger beløpet for oppdraget.

Avgjørelsen dreier seg om en forbrukertvist, hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende. De generelle uttalelsene om sensur av avtaleloven § 36 kan imidlertid være av interesse.

Høyesterett bekrefter at det bør ses hen til både arten og graden av overtredelsen, og viser også til skillet mellom sentrale og perifere deler av forpliktelsen:

"Arten och graden av överträdelserna bör då beaktas. Det innebär typiskt sett att ett brott mot en huvudförpliktelse i större utsträckning talar för jämkning än ett brott mot en biförpliktelse eller en förpliktelse som annars kan anses vara av perifer natur. Av betydelse är vidare om parten har handlat särskilt klandervärt eller t.o.m. uppsåtligt. Men någon egentlig begränsning av vad för slags omständigheter som kan tillmätas betydelse gäller inte." (avsnitt 30).

5.4 Graden av risikooverføring

I de tilfeller profesjonsutøveren har knyttet begrensningen til størrelsen av et potensielt erstatningsansvar, blir spørsmålet om graden av risikooverføring i det aktuelle tilfellet er "urimelig".

I den svenske Høyesterettsavgjørelsen T 3034, ble det uttalt at hvorvidt ansvarsbegrensningen innebar en rimelig risikooverføring generelt er et viktig utgangspunkt for rimelighetsvurderingen, og spørsmålet måtte bero på hvilke beskyttelsesbehov partene har.⁷⁷

Høyesterett vurderer konkret hvilket beskyttelsesbehov hver av partene har:

"En besiktningsman, som kanske genomför hundratals besiktningar under ett år, kan ha ett beaktansvärt behov av att inte bli indragen i många tvister om smärre belopp. En köpare, även

⁷⁶ Høyesterettsavgjørelse avsagt 24 februar 2017 i mål nr. T 3034-15

⁷⁷ Dommen avsnitt 36.

den som är konsument, torde typiskt sett kunna acceptera en ansvarsbegränsning som innebär att det inte finns någon rätt till ersättning när skadan understiger en viss rimlig nivå. Det vill därför i allmänhet till alldeles särskilda omständigheter för att det ska finnas utrymme för att jämka en begränsning som fredar besiktningsmannen från ansvar för mindre skador. Om emellertid ett förbiseende eller ett misstag leder till att ett mer betydande fel i fastigheten inte uppdagas, så blir bedömningen av en klausul som sätter ett tak för besiktningsmannens ansvar inte lika given." (avsnitt 39 og 40)

Vurderingen av om det er en rimelig risikooverføring, knyttes til hvilket berettiget behov partene har for beskyttelse og dermed også til hvilken type feil som er gjort. For en takstmann er det særlig uunngåelige småfeil han vil ha en berettiget interesse i å beskytte seg mot konsekvensene av. Han kan dermed anses å ha en berettiget interesse i å fraskrive seg ansvaret for feil som medfører mindre erstatningsbeløp, for å unngå å stadig bli dratt inn i tvister. For mer alvorlige feil, som leder til større erstatningskrav, er hans interesse i å beskytte seg ikke like godt begrunnet og for denne typen feil vil realkreditor på sin side ha en sterkere interesse i å være beskyttet mot tap.

I enkelte tilfeller kan det være motsatt. Som nevnt er det i kommersielle avtaleforhold et sentralt formål at det er samsvar mellom den økonomiske interessen og den juridiske risikoen i kontrakten. Profesjonsutøvere som påtar seg oppdrag hvor feil kan lede til svært store og potensielt ruinerende tap, kan ha en berettiget interesse i å begrense størrelsen på tapet oppad. Særlig når forsikringsmulighetene er begrenset eller en forsikring ville blitt svært dyr hvis den skulle sikre mot tap av en viss størrelse. Dersom en profesjonsutøver har anledning til å begrense størrelsen på tapet oppad, kan dette også påvirke prisen for oppdraget.

Både KPMG-dommen og Unilabs-dommen illustrerer dette. I begge sakene var profesjonsutøverens oppdrag å utføre en selskapsgjennomgang for et selskap som ønsket å kjøpe opp et annet selskap.

I KPMG-dommen var tapet begrenset oppad til fortjenesten ved kontrakten. Det ble ansett som forsvarlig av KPMG å begrense størrelsen på et potensielt erstatningskrav for denne typen kontrakt, det urimelige lå i at det gjenværende ansvaret var såpass lavt og langt under det KPMG hadde anledning til å sikre seg mot ved ansvarsforsikring:

"Om ett avtal av det slag som är aktuell i målet innehåller en ansvarsbegränsning är det i och för sig försvarbart att, som här, takbeloppet relateras till uppdragsgivarens arvode. Men i betraktande av att en begränsning är tänkt att omfatta alla slags ansvarssituationer måste Beloppsbegränsningen anses osaklig låg. Vad som är en skälig begränsning är naturligtvis inte alldeles lätt att precisera, men en nivå på 10-25 gånger uppbudet arvode framstår som rimlig vid ett sådant uppdragsförhållande som här är aktuellt. Av det följer att Beloppsbegränsningen framstår som osaklig i sig." (side 43)

I Unilabs-dommen uttalte voldgiftsretten at "[d]et er lite å innvende mot at ein oppdragsgjevar tek med ei avgrensing som kan sikre mot eit omfattande skadebotansvar". (side 13)

Ansvarsbegränsningen var imidlertid satt for lavt:

"Ei avgrensing av ansvaret til samla vederlag er omtrent det næraste ein kan koma ei full ansvarsfråskrivning. Skulle ei slik avgrensing uten vidare kunne gjerast gjeldande ved svikt i utføringa av den heilt sentrale oppgåva under kontrakten på dette punktet, ville det vera ei avskjering av den einaste praktiske mislighaldsverknaden, og ein kunne spørja kor mykje som reelt stod att av plikta til å oppfylle avtalen." (side 14)

Oppfatningen i begge voldgiftsavgjørelsene synes å være at, selv for feil i sentrale deler av oppdraget, kan en profesjonsutøver ha behov for å begrense størrelsen på tapet.

For å vurdere om profesjonsutøveren hadde en saklig og lojal begrunnelse for å innta ansvarsbegränsningen, bør det ses hen til hvilke forsikringsmuligheter som foreligger på begge parter side. Dersom ansvarsbegränsningen er satt til et takbeløp og begrunnelsen for takbeløpet er at det vil være vanskelig å forsikre seg mot så store summer, taler dette for at ansvarsbegränsningen er saklig begrunnet.

Dette hensynet ble fremhevet i KPMG-dommen:

"En annan aspekt är en professionaktörs befogade interesse av att skydda sig mot anspråk av en sådan storleksordning att et försäkringsskydd, om det ens går att stadkomme, inte framstår som motiverat med hänsyn till kostnaden eller till den normala verksamhetsomfattningen."

Det samme momentet ble lagt vekt på i Unilabs-dommen. Her ble det lagt vekt på at ved utførelsen av denne typen oppdrag (due dilligence) kan tapet for oppdragsgiveren i mange

tilfeller bli svært omfattende. Av den grunn var det lite å innvende mot at de ønsket å sette et tak for et slikt ansvar. *"Uten eit slikt tak kunne det vera vanskeleg å få teikna ansvarsforsikring mot det fulle tapet, eventuelt ville ei forsikring bli svært dyr"*. Den aktuelle ansvarsbegrensningen lå imidlertid langt under det en normal ansvarsforsikring vanligvis dekker (side 13).

5.5 Forholdene rundt vedtakelsen

Forholdene rundt vedtakelsen av ansvarsbegrensningen er et relevant moment i vurderingen av om den kan sensureres etter avtaleloven § 36, jf. annet ledd. De samme momentene som kan trekke i retning av at det bør oppstilles en høyere terskel for vedtakelse, er relevante når ansvarsbegrensningens rimelighet skal vurderes. Som voldgiftsretten uttaler i Unilabsdommen, er det ikke alltid mulig å trekke et skarpt skille mellom vedtakelse og innholdsrevisjon (dommen side 12). Drøftelsen i punkt 4.2 viser at avtaleloven § 36 i større grad bør utgjøre det formelle rettsgrunnlaget i de situasjoner den høye terskelen for vedtakelse i realiteten bygger på hensynet til å oppnå en rimelig løsning.

Hvilken type kontrakt det er tale om, er sentralt for spørsmålet om sensur. Hvorvidt ansvarsbegrensningen fremgår av en individuelt fremforhandlet kontrakt, ensidige standardvilkår eller fremforhandlede balanserte standardkontrakter, vil få betydning for om den anses "urimelig".

I Rt-1994-626 fremgikk ansvarsbegrensningen fra en standardkontrakt som var fremforhandlet mellom organisasjoner som representerte begge avtalepartene. Høyesterett konkluderte dermed med at det ville være *"uheldig å forrykke den ansvarsfordelingen som på dette punkt følger av kontrakten"* (s. 630).

På samme måte vil det tale mot å sette ansvarsbegrensningen til side dersom den er kommet frem ved forhandlinger mellom partene i kontrakten. Hvis partene på forhånd har drøftet spørsmålet og blitt enig i en ansvarsfordeling de mener er rimelig skal det mye til før domstolene vil sette den til side. Dette vil i særlig grad gjelde mellom profesjonelle parter.

I næringsvirksomhet er det vanlig at ansvarsbegrensningen er inntatt i den ene partens standardvilkår. Ofte forhandler partene om de mest sentrale delene av oppdraget, som hvor, når og hvordan oppfyllelse skal skje. Ved å henvise til standardvilkårene effektiviseres

kontraktsprosessen. Ulempen er imidlertid at disse vilkårene er utarbeidet ensidig av den ene parten, og dermed kan inneholde løsninger som vil fremstå som urimelig for motparten. Videre vil en henvisning til et sett av standardvilkår i praksis ofte føre til at kontraktsmotparten godtar disse uten å sette seg grundig inn i hva de innebærer. Mellom profesjonelle parter forutsettes det som utgangspunkt at partene kan sette seg inn i hva den forpliktelsen de inngår innebærer, men også her vil måten ansvarsfraskrivelsen er kommet til på være av betydning for spørsmålet om sensur.

I Unilabs-dommen fremgikk ansvarsbegrensningen fra revisjonsselskapets standardvilkår. Standardvilkårene fulgte ikke med oppdragsbeskrivelsen, men Unilabs hadde tilgang til dem, og de var kjent med vilkårene fra et tidligere oppdrag. På den annen side hadde ikke ansvarsbegrensningen vært et tema i forhandlingene mellom partene og begrensningen fremgikk ikke av oppdragsbeskrivelsen.

Voldgiftsretten la vekt på at ansvarsbegrensninger var vanlige i bransjen og at Unilabs var kjent med standardvilkårene hvor de var inntatt. De konkluderte derfor med at fraskrivelsen ikke kunne komme som noen overraskelse. Noe annet var om en så sterkt avgrensning av ansvaret var noe de måtte regne med.

Etter en drøftelse av de øvrige momentene i saken konkluderer voldgiftsretten med at:

"I alle tilfelle må ei slik avgrensning ha lege utanfor det Unilabs med rette kunne leggje til grunn som føresetnad for heile oppdraget. Det er ikkje nødvendig for valdgiftsretten å gå inn på korleis vurderinga ville ha vore dersom ansvarsavgrensinga hadde vore framme i forhandlingane eller klårt framheva i dei meir konkrete vilkåra for det aktuelle oppdraget."

Voldgiftsretten presiserer at det ikke er gitt at de ville ha kommet til samme konklusjon dersom ansvarsbegrensningen hadde vært tydeligere tilkjennegitt. Retten holder det altså åpent om en profesjonsutøvers nesten totale fraskrivelse av ansvar for feil i sentrale deler av oppdraget vil sensureres dersom den er tydelig tilkjennegitt for avtaleparten. Ettersom terskelen for å sensurere avtaler mellom profesjonelle parter er såpass høy, skal det mye til før en ansvarsregulerings om er klart avtalt mellom partene blir satt til side.

I Pareto-dommen oppstiller tingretten et skille mellom generelt utformede ansvarsfraskrivelser og ansvarsfraskrivelser som er knyttet til et konkret og begrenset tema:

"En ansvarsfraskrivelse for en profesjonsutøver har en mer begrenset rekkevidde enn for andre skadevoldere. I utgangspunktet kan en profesjonsutøver ikke generelt fraskrive seg ansvaret knyttet til å yte en god og forsvarlig faglig bistand dvs. i dette tilfellet å utføre mellommannsoppdraget i samsvar med god forretningskikk. Derimot vil en tydelig tilkjennegitt konkret ansvarsfraskrivelse knyttet et begrenset tema, kunne være rettslig holdbar dersom den etter en samlet vurdering i det konkrete tilfellet blir ansett som rimelig."

Utgangspunktet til tingretten om at en profesjonsutøver ikke generelt kan fraskrive seg ansvaret fra å yte en god og forsvarlig faglig innsats, er det lite å innvende mot. En generelt utformet ansvarsfraskrivelse innebærer, som nevnt, at den gjelder alle former for feil. Det må være klart at en generelt utformet ansvarsfraskrivelse i enkelte tilfeller kan være "urimelig".

Den grensen tingretten synes å legge til grunn mellom generelt utformede og konkret angitte ansvarsfraskrivelser, bør imidlertid presiseres. Uttalelsen kan ikke forstås slik at en generelt utformet ansvarsfraskrivelse for profesjonsansvaret som utgangspunkt må anses urimelig. Enkelte typer feil kan profesjonsutøveren ha en berettiget interesse i å fraskrive seg ansvaret for, til tross for at feilene innebærer brudd på de forventninger som kan stilles. Videre kan en profesjonsutøver også i visse tilfeller ha en berettiget interesse i å begrense størrelsen på tapet selv for feil i sentrale deler av oppdraget (se punkt 5.3). At en generelt utformet begrensning av profesjonsansvaret ikke alltid kan opprettholdes, må imidlertid være klart.

Videre må det være klart at dersom ansvarsbegrensningen knytter seg til en bestemt angitt type feil, må det i større grad kreves at realkreditor setter seg inn i hva ansvarsbegrensningen innebærer enn ved en generelt angitt fraskrivelse. Tingretten legger til grunn at en tydelig tilkjennegitt konkret ansvarsfraskrivelse knyttet til et begrenset tema *"kunne være rettslig holdbar dersom den etter en samlet vurdering i det konkrete tilfellet blir ansett som rimelig."* Uttalelsen gir uttrykk for at profesjonsutøveres adgang til å fraskrive seg ansvar er svært snever, selv i tilfeller hvor den er avgrenset og tydelig tilkjennegitt. Er begrensningen tydelig tilkjennegitt, konkret utformet og knyttet til en begrenset del av oppdraget, taler etter min oppfatning gode grunner for at den normalt bør opprettholdes i en kontrakt mellom profesjonelle parter. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt, og det må vurderes konkret om ansvarsbegrensningen likevel fremstår som urimelig etter avtaleloven § 36.

6. Rettsvirkningene ved sensur av ansvarsbegrensninger

Tradisjonelt har spørsmålet om en ansvarsbegrensning skal få virkning, vært et spørsmål om ansvarsgjennombrudd. Enten blir ansvarsbegrensningen stående, eller så blir den satt til side i sin helhet. I avtaleloven § 36 har domstolene et grunnlag for å vurdere om det er tilstrekkelig å endre kontrakten, fremfor å sette det urimelige avtalevilkåret fullstendig til side. Hvilke reaksjon som skal velges, må bero på de konkrete omstendigheter.⁷⁸

For revisjon av avtaler mellom profesjonelle parter, uttalte Høyesterett i Rt-2012-1537 (Smestad-dommen) følgende:

"En eventuell revisjon skal dessuten være begrenset til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten – målet er altså ikke å oppnå et mest mulig balansert avtaleforhold."
(Avsnitt 46)

Som drøftelsen overfor viser, kan en begrensning samlet sett anses urimelig fordi den innebærer en for stor risikooverføring. Profesjonsutøveren kan ha en berettiget interesse i å begrense størrelsen på tapet, men dersom takbeløpet i kontrakten er satt for lavt, kan dette innebære en urimelig risikooverføring til realkreditor.

Dersom utgangspunktet for revisjon av avtaler som fremgår av Rt-2012-1537 overføres til disse tilfellene, må domstolene justere ansvarsbegrensningen opp til et beløp som etter omstendighetene i saken ikke er kvalifisert urimelig.

Det kan argumenteres for at en slik løsning er fornuftig ettersom domstolenes oppgave ikke bør være å "redde" en profesjonell part fra å inngå dårlige avtaler. Når en ansvarsbegrensning er så urimelig at den må endres i henhold til avtaleloven § 36, bør det derfor ikke være domstolenes oppgave å forsøke å finne den mest rimelige ansvarsfordelingen mellom partene.

Problemet med denne løsningen er at den nærmest oppfordrer profesjonelle parter til å sette taket på en ansvarsbegrensning lavt. Den eneste konsekvensen av at ansvarsbegrensningen anses urimelig lav, vil da være at den justeres til det beløpet som akkurat ikke når opp til grensen

⁷⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36

for kvalifisert urimelighet. Ettersom det er vanskelig å generelt fastsette hvor Høyesterett vil trekke denne grensen, vil profesjonelle parter være oppfordret til å sette taket lavere enn det som antagelig vil bli betraktet som kvalifisert urimelig. Dette argumentet er fremhevet av voldgiftsretten i Unilabs-dommen:

"Likevel kan det ikkje bli tale om at valdgiftsretten skal justere ansvarsavgrensninga til det nivået som akkurat ville passere som rimeleg. Ei slik løysing kunne føre med seg at ein part kunne ta inn urimelege vilkår i tillit til at han i ein tvist kunne sitje att med det han kunne oppnå med ein avtale. Valdgiftsretten vil heller ikkje prøve å finne fram til kva partane ville ha avtala dersom ansvarsavgrensninga hadde vore eit tema i forhandlingane. Lempinga bør skje etter eit skjøn, der det blir teke omsyn både til oppdragstakarens interesse i ei grense for omfattande ansvar og oppdragsgjevarens interesse i at avtalen skal vera reelt forpliktande for oppdragsgjevaren." (dommen side 15)

Voldgiftsretten foretar deretter en konkret vurdering av hvordan ansvaret måtte fordeles i den aktuelle saken. Tapet Unilabs hadde lidt som følge av profesjonsutøverens feil i utførelsen av oppdraget var på omtrent 20 millioner kroner. Til tross for at voldgiftsretten fremholdt at en begrensning av ansvaret til noen millioner kroner ville vært akseptabelt i dette tilfellet, konkluderte de med at erstatningsansvaret etter revisjon av ansvarsbegrensningen måtte settes til 10 millioner kroner.

I KPMG-dommen ble også den urimelige ansvarsbegrensningen lempet. Her uttalte voldgiftsretten at vurderingen ikke kunne gå ut på å fastsette hva som generelt ville vært en akseptabel ansvarsbegrensning. Retten måtte heller forsøke å finne en rimelig risikofordeling av den aktuelle skaden som hadde oppstått, og her måtte alle omstendighetene tas i betraktning.

Om den nærmere vurderingen av hvordan ansvaret skulle lempes uttalte retten at:

"Det är mot den angivna bakgrunden mer närliggande att, i stället för att försöka ge ansvarsbegränsningsbestämmelsen ett generellt godtagbart och meningsfullt innehåll (om nu ens ett sådant finns), göra en mer direkt och konkret riskavvägning genom att bestämma det begränsningsbelopp som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som skäligt med avseende på den ifrågavarande skadan." (side 43)

I vurderingen ble det lagt vekt på at når en ansvarsbegrensning overstiger terskelen for sensur i henhold til avtaleloven § 36, bør det gå utover den som har inntatt den urimelige ansvarsbegrensningen i kontrakten (dommen side 43).

7. Avsluttende betraktninger

Tradisjonelt har sensur av ansvarsbegrensninger skjedd ved teknikker for skjult sensur, eller med hjemmel i NL 5-1-2. Avhandlingen har vist at spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger kan, og etter mitt syn bør, i større grad skje innenfor de rammer avtaleloven § 36 oppstiller. For de tilfeller som tidligere ble håndtert ved teknikker for skjult sensur er dette standpunktet begrunnet i at avtaleloven § 36 angir et mer treffende vurderingstema, og fordi bestemmelsen gir domstolene større fleksibilitet med hensyn til hvilke reaksjoner en urimelig ansvarsbegrensning skal få. Rettspraksis og teori fra før vedtakelsen av avtaleloven § 36 bør likevel være veiledende for vurderingen etter avtaleloven § 36, da det ikke er holdepunkter for at lovgiver mente å gjøre store endringer i den materielle rettsstilstanden med innføringen av avtaleloven § 36.

Det har lenge vært en oppfatning i juridisk teori om at man ikke kan fraskrive seg ansvaret for skader voldt ved egen grov uaktsomhet. Både i KPMG- og Unilabs-dommen var det anført at revisorens ansvarsbegrensning ikke kunne gjøres gjeldende fordi skaden var voldt ved grov uaktsomhet. Som det har fremgått, trekker rettskilder fra nyere tid i retning av at grov uaktsomhet ikke kan betraktes som en selvstendig ugyldighetskategori. Synspunktet er at avtaleloven § 36 gir anvisning på et mer treffende og nyansert vurderingstema for sensur av ansvarsbegrensninger. I denne vurderingen vil skyldgraden åpenbart være et relevant moment.

Ved spørsmålet om sensur av profesjonsutøveres ansvarsbegrensninger er det særlig relevant å se hen til hvilke deler av kontraktsforpliktelsen som er misligholdt. For profesjonsutøverens sentrale plikter under oppdraget er adgangen til å fraskrive seg ansvar begrenset. For de feil som profesjonsutøveren vanskelig kan unngå at forekommer fra tid til annen skal det mer til før en ansvarsbegrensning anses urimelig. Dette gjelder særlig for spesifiserte ansvarsfraskrivelser, men også en generelt utformet ansvarsfraskrivelse kan antagelig få virkning for denne typen feil. Det mest vanlige blant profesjonsutøvere er å begrense størrelsen på et potensielt erstatningsansvar. Dersom en slik ansvarsbegrensning er godt begrunnet skal det mye til for at den likevel anses som urimelig i henhold til avtaleloven § 36. Et eksempel på en slik begrunnelse kan være at størrelsen på tapet er begrenset oppad til det beløpet en normal ansvarsforsikring vanligvis dekker.

Dersom domstolene konkluderer med at en ansvarsbegrensning er urimelig fordi det gjenværende ansvaret er for lavt, kan det bli tale om å justere ansvarsbegrensningen opp. Som det har fremkommet bør domstolene ikke justere begrensningen til det nivå som akkurat vil ligge under terskelen for det urimelige i avtaleloven § 36. Når en ansvarsbegrensning først har passert som urimelig i henhold til avtaleloven § 36, bør det gå ut over den parten som har inntatt den urimelige begrensningen i kontrakten. Både i Unilabs- og KPMG-dommen var det stor avstand mellom det beløpet som ble ansett å ligge under terskelen for det urimelige i henhold til avtaleloven § 36 og det endelige ansvaret parten ble dømt til å bære. For profesjonsutøvere som vurderer å begrense størrelsen på et potensielt tap i kontrakten innebærer dette at det sannsynligvis vil være bedre å legge ansvarsbeløpet høyt, enn å fastsette et lavere beløp og satse på at begrensningen ikke når opp til urimelighetsterskelen.

Kildeliste

Juridisk litteratur

- Brækhus (1990) Sjur Brækhus, "Voldgiftspraksis som rettskilde", *...den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Andres Bratholm*, 1990 s. 447 flg.
- Giertsen (2014) Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave (Oslo 2014)
- Hagstrøm (1994) Viggo Hagstrøm, "Urimelige avtalevilkår", *Lov og rett* 1994 s. 131-168
- Hagstrøm (1996) Hagstrøm, Viggo, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1996 s. 421-518
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., 2011
- Hov og Høgberg (2016) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett* (Oslo 2016)
- Høgetveit Berg (2006) Høgetveit Berg, Borgar, *Voldgiftsloven med kommentarer* Oslo 2006
- Kaasen (2005) Kaasen, Knut "Ansvarsbegrensninger i fabrikkasjonskontrakter", *Juridisk festskrift anledning Hydros 100-årsjubileum*, 2005 s. 233-258
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og obligasjonsrett* (Oslo 2017)
- Lundmark (1996) Lundmark, Torstein, *Friskrivningsklausuler gilthet och räckvidd* (Uppsala 1996)
- Lødrup (2011) Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave (Oslo 2011)

Perland (2013) Perland, Olav Fr., *Tilretteleggeransvar, Verdipapirforetaks erstatningsansvar ved tilrettelegging av aksjeemisjoner* (Oslo 2013)

Lover

Avtaleloven Lov 31. juni 1918 nr.4 om avslutning av avtaler, om fulmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

NL Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Forarbeider

NOU 1979:32 NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel

SOU 1974:83 SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1926-712

Rt-1948-370 (Bærtur-dommen)

Rt-1969-679 (Elektrisitetsverk-dommen)

Rt-1975-478 (Spennbetongdommen)

Rt-1978-1019

Rt-1982-1357 (Nortex-dommen)

Rt-1985-883

Rt-1989-1318

Rt-1892-381

Rt-1994-626 (Kaiinspektør-dommen)

Rt-1999-922

Rt-2003-1132

Rt-2002-1155

Rt-2003-1132

Rt-2004-675 (Agurkpinnedommen)

Rt-2004-1887

Rt-2012-1537 (Smestad-dommen)

Underrettsavgjørelser

Oslo Tingrett 01.11.2012 (Pareto-dommen)

Utenlandsk rettspraksis:

Høgsta domstolens dom, 24. februar 2017. Mål nr. T 3034-15

Publisert voldgiftsavgjørelse:

ND 1979 s. 231 (Windgull)

Upubliserte voldgiftsavgjørelser:

Svensk voldgiftsdom av 22. desember 2010 (KPMG-dommen).

Norsk voldgiftsdom av 18. desember 2013 (Unilabs-dommen).

Øvrige kilder:

Thomsen (2018)

Tommy Thomsen, "Avtalte ansvarsbegrensninger og ordre public", 2018. Hentet fra internettsiden idunn.no (<https://www.idunn.no/norsk-ordre-public/12-avtalte-ansvarsbegrensninger-og-ordre-public>)